Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung.

Inauguraldissertation

verfaßt und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der
k. bayr. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen
Doktorwürde

vorgelegt

von

Gustav Schulz
Rechtspraktikant
aus Frankenthal.

1905.
Buchdruckerei L. Beller, Frankenthal.

Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung.

Inauguraldissertation

verfaßt und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der k. bayr. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt

von

Gustav Schulz
Rechtspraktikant
aus Frankenthal.

Referent: Prof. Jaeger.

Meinen lieben Eltern gewidmet.

1. Kapitel.

Einleitung.

Wie im Konkurs über die rechtliche Stellung des Konkursverwalters, wie im Mobiliarvollstreckungsrecht über die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers, so herrscht auch in der Lehre über die Zwangsvollstreckung von Grundstücken Streit, in welcher Eigenschaft das Vollstreckungsorgan seine Tätigkeit ausübt. Handelt es nur auf Grund seiner Amtsstellung oder schöpft es die Berechtigung seines Handelns aus seiner Stellung als Vertreter der Partei? Die nachfolgende Untersuchung beschäftigt sich mit dieser Frage nur, soweit sie das Gebiet der Zwangsversteigerung von Grundstücken betrifft. Notwendig ist dabei aber auch des öftern die vergleichende Heranziehung der verwandten Materien der Mobiliarversteigerung und des Konkursrechtes, d. h. die Betrachtung der rechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers und des Konkursverwalters.

Bei der Betrachtung der Frage, ob das Vollstreckungsorgan nur als Amtsperson oder als Vertreter einer Partei handle, drängt sich sofort die weitere Frage auf, ob die Zwangsversteigerung einen civilrechtlichen Vertrag oder vielmehr einen öffentlich rechtlichen Akt darstelle. Je nachdem man sich in der ersten Frage auf Seite der „Vertretertheorie" oder der „Amtstheorie" stellt, wird auch die Antwort bei der zweiten Frage ausfallen müssen.

Von einer historischen Darlegung der Streitfrage sehe ich ab. Es genüge hier die Verweisung auf die Kommentare zum Z. V. G., und nur die Bemerkung sei erlaubt, daß früher, d. h. vor Erlaß des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897, die „Kauftheorie" oder „Vertragstheorie", heute aber die „Amtstheorie" von der herrschenden Lehre vertreten wird. Sämtliche größeren Kommentare, ausgenommen der von Wolff, vertreten die Amtstheorie, und die ganze neuere in den letzten Jahren erschienene Litteratur, v. d. Pfordten, Samter, Wenz und

Wagner, Altmann, Badstübner, Kretzschmar, Niedner, auch Dernburg (B. G. B. Sachenrecht) hat sich dieser Lehre angeschlossen. In neuerer Zeit hat allein Rothenberg im Archiv für civilistische Praxis Bd. 94, S. 265 ff. einen Versuch gemacht, der Vertretertheorie und somit auch der Kauftheorie ihre alten Anhänger wiederzugewinnen.

2. Kapitel.

Die Konsequenzen der verschiedenen Theorien.

Die Motive zum Z. V. G. führen S. 118 ff. unter anderm aus: „Auf die Gründe für und gegen die eine und die andere Auffassung ist hier nicht einzugehen. Der Entwurf bezweckt, die Zwangsversteigerung der Grundstücke vollständig zu regeln. Diese Regelung muß allerdings, da sie ein Glied in dem System des bürgerlichen Rechts ist, in dessen Vorschriften ihre Ergänzung finden. Allein ein praktisches Bedürfnis zu einer Entscheidung darüber, ob die Ergänzung gerade aus den Vorschriften über den Kaufvertrag zu entnehmen ist, hat sich bei der Aufstellung des Entwurfes nicht ergeben. Die Lösung der Konstruktionsfrage kann daher ohne Schaden für die Rechtssicherheit der Wissenschaft überlassen bleiben.“ Zwar, behaupten also die Motive, hat der Entwurf die Zwangsversteigerung vollständig geregelt; vermeiden läßt es sich aber nicht, daß die Wissenschaft diese Regelung aus dem sonstigen bürgerlichen Recht ergänzt. Während nun die Anhänger der Vertragstheorie behaupten, diese notwendige Ergänzung müsse aus der im B. G. B. unter dem Titel „Kauf“ behandelten Materie entnommen werden, leugnen die Gegner das Bedürfnis, auf die Normen zurückzugreifen, die das B. G. B. für den Kauf aufstellt: die erforderlichen Vorschriften seien im Z. V. G. selbst sämtlich getroffen worden (cf. Kretzschmar § 12). Diese Verschiedenheit der Ansichten hat auch verschiedene Konsequenzen zur Folge. Wolff (§ 90 Anm. 1) behauptet zwar, daß „die Folgen der Charakterisierung des Versteigerungsgeschäftes als eines Kaufaktes bei der minutiösen Konstruktion des Gesetzes nicht sehr erheblich sein mögen.“ Doch sind sie m. A. nach umfangreicher und bedeutender, als Wolff sie a. a. O. angibt.

Ergänzt man das Z. V. G. aus den Vorschriften des B. G. B. über den Kauf, so ergibt sich folgendes:

1) Der Subhastat ist als Schuldner verpflichtet, die in § 444 B. G. B. näher beschriebenen Auskünfte dem Ersteher des Grundstückes zu erteilen.

2) Es erfolgt eine „Anrechnung des Besitzes nach §§ 937, 943 B. G. B. bei der Ersitzung solcher beweglichen Sachen, die der Ersteher mit dem Grundstück als vermeintliche Zubehörungen in Eigenbesitz genommen hat." (Wolff § 90, Anm. 1).

3) Es besteht Rechtsnachfolgeverhältnis des Erstehers im Verhältnis zum Subhastaten nach § 266 C. P. O.

4) Der Zuschlag muß aus dem Grunde des § 134 B. G. B. versagt werden.

5) Ein wichtiger Unterschied ergibt sich durch die Verschiedenheit der beiden Theorien bei der Frage, ob der § 323 B. G. B. auch im Falle der Zwangsversteigerung angewendet werden soll. Von Seiten der Vertragstheorie läßt sich nichts dagegen einwenden. Andrerseits läßt sich seine Anwendbarkeit auch nur **mit** der Vertragstheorie begründen. Nach § 56 Z. V. G. geht die Gefahr des zufälligen Untergangs in Ansehung des Grundstücks mit dem Zuschlag auf den Ersteher über. Ist aber das Versteigerungsobjekt **vor** dem Zuschlag ganz oder zum Teil untergegangen, so liegt hier ein Fall der unmöglichen Leistung des § 323 B. G. B. vor. Eine ausdrückliche, diesem § analoge Regelung hat nun das Z. V. G. nicht getroffen. Es hat vielmehr unterlassen, sich über diesen Fall auszusprechen. Die Kommentare suchen diese Lücke auf verschiedene Art auszufüllen. Wolff erklärt, auf dem Standpunkt der Vertragstheorie stehend, den durch den Zuschlag entstandenen Rechtsakt als nichtig, indem er sich hiebei auf die Anwendung der §§ 156 und 306 B. G. B. stützt. Die Gegner der Vertragstheorie gehen in andrer Weise vor. Jäkel (Anm. 1, § 56) wendet sich zunächst gegen Wolff und erklärt, daß weder die für die Verträge gegebenen allgemeinen Vorschriften (z. B. §§ 156, 306 B. G. B.) noch die für die Kaufverträge besonders geltenden zur Anwendung kommen könnten, weil durch die Zwangsversteigerung überhaupt kein Vertrag zu Stande komme. Er hilft sich mit der Folgerung: „Wenn ein Grundstück ganz untergegangen, so ist es unmöglich, dem Ersteher dasjenige zu gewähren, worauf er Anspruch hat. Ist dies der Fall, so ist der Zuschlag ausgeschlossen: „er würde

ebenso nichtig sein, wie die Versteigerung einer nicht vorhandenen Sache. (Mot.) Ein nichtiger Zuschlag kann durch Ablauf der Beschwerdefrist nicht wirksam werden." Derart sucht Jäkel der Notwendigkeit zu entgehen, die §§ 156, 306 B. G. B. anwenden zu müssen, jedenfalls, weil er sich sagt, daß, wenn er diese §§ anwendet, er folgerichtig auch seine Stellungnahme gegen die Vertragstheorie aufgeben müßte. Betrachtet man jedoch diese Folgerungen genau, so ergibt sich, daß Jäkel die Quintessenz dessen, was § 306 B. G. B. bestimmt, analog auf den Zuschlag anwendet, wobei er aber sich ausdrücklich dagegen verwahrt, daß der Zuschlag ein Rechtsgeschäft sei. Woraus aber leitet er den Satz ab, der Zuschlag sei nichtig, weil es unmöglich sei, dem Ersteher das zu gewähren, worauf er Anspruch habe? Im Z. V. G. selbst findet sich keine dahin lautende Bestimmung. Und daß man eine solche Bestimmung nur deshalb weggelassen habe, weil sie selbstverständlich und deshalb überflüssig sei, kann nicht gut behauptet werden. Denn dann wäre der § 306 B. G. B. ebenfalls als selbstverständlich überflüssig gewesen. Einen allgemeinen Rechtssatz, daß ein Akt deshalb keine Wirkung hervorbringen könne, also nichtig sei, weil er auf eine Unmöglichkeit gerichtet ist, gibt es nicht. Aus diesem Empfinden heraus hat der Gesetzgeber die Bestimmung des § 306 B. G. B. auch nicht für überflüssig gehalten. Wenn daher Jäkel sagt, der Zuschlag ist für den Fall des Untergangs des Grundstückes vor dem Zuschlag nichtig, so wendet er dabei den im § 306 B. G. B. ausgesprochenen Rechtssatz unbewußt analog an, obwohl er sich ausdrücklich dagegen verwahrt, daß die für die Verträge gegebenen Vorschriften des B. G. B. zur Anwendung kommen könnten.

Ebenfalls dieser Verwahrung entgegen erklärt Jäkel offen die „analoge" Anwendung des § 323 B. G. B. für den Fall des teilweisen Untergangs des Grundstückes, wenn durch denselben seine individuelle Existenz nicht geändert wird. Er erklärt hier, der Ersteher sei berechtigt, von der ihm obliegenden Gegenleistung einen entsprechenden Teil abzuziehen. Auch die Festsetzung des Betrags, um den sich die Gegenleistung mindert, habe nach der relativen, im § 472 B. G. B. festgesetzten Methode zu erfolgen.

Wir sehen, wie Jäkel seine eigene Behauptung, die Bestimmungen über den Kauf könnten keine Anwendung auf den Zuschlag finden, weil dies ein öffentlich-rechtlicher Akt sei, widerlegt, sehen aber

auch zugleich, daß ohne die analoge Anwendung dieser Vorschriften eine empfindliche Lücke in dem Z. V. G. bleibt, ein Beweis, daß die Behauptung Kretzschmars, das Gesetz habe nach jeder Richtung hin Sorge dafür getragen, damit kein Bedürfnis entstehe, auf die Normen des B. G. B. über den Kauf zurückzugreifen, nicht so ohne weiteres hingenommen werden kann. Im Verlaufe dieser Darstellung werden wir im Gegenteil noch des öftern sehen, daß ohne die analoge Anwendung des B. G. B. manche fühlbare Lücke im Z. V. G. bleibt. Sagen doch selbst die Motiven (S. 118): „Der Entwurf bezweckt, die Zwangsversteigerung der Grundstücke vollständig zu regeln; diese Regelung muß allerdings, da sie ein Glied in dem System des bürgerlichen Rechts ist, in dessen Vorschriften ihre Ergänzung finden."

Wie sich nun Kretzschmar selbst zu seiner Behauptung, ein Zurückgreifen auf die Vorschriften des B. G. B. sei überflüssig, verhält, wollen wir im Folgenden sehen. In § 33 II sagt er: . . . „die Bestimmung gibt übrigens den im B. G. B. § 926 aufgestellten Rechtssatz unter Anpassung an das Zwangsversteigerungsverfahren wieder und bietet so einen Beweis dafür, wie das Z. V. G. allenthalben bestrebt gewesen ist, den ganzen Stoff selbstständig zu ordnen und so einen jeden Rückgriff auf die Normen des privatrechtlichen Kaufes zu verüberflüssigen." Zehn Zeilen weiter unten (S. 110) widerspricht sofort er selbst dieser Auslassung gegen die Vertragstheorie mit den Worten: „Im übrigen kann sich fragen, ob insoweit nicht die Vorschriften im B. G. B. § 323 zu Gunsten des Erstehers Platz greifen."

Der Fall übrigens, auf den Kretzschmar den § 323 B. G. B. eventuell angewendet wissen will, ist für unsre Frage zu interessant und lehrreich, als daß er hier unerwähnt bleiben könnte. Der § 56 Satz 3 schließt durch seine allgemeine Fassung sowohl eine Gewährleistung für Sachmängel als auch für Mängel im Rechte aus. Zu dieser Vorschrift bemerkt die Denkschrift, für Mängel im Rechte sei die Gewährleistung schon gegenüber den Bestimmungen des Gesetzes in §§ 55, 90, 91, 93 und 130 ausgeschlossen. Nun stellt Kretzschmar auf, daß die §§ 55, 90, 91, 93 und 130 doch nicht hinreichend seien, um die Gewährleistung für Mängel im Rechte auszuschließen. Eine Gewährleistung könnte in Betracht kommen im Falle der doppelten Buchung des Grundstückes, „denn hier erwirbt der Ersteher das Eigentum nur, wenn das Grundstück auf dem Grundbuchblatt, das

für die Versteigerung maßgebend ist, zu recht gebucht war." Diese Anschauung Kretschmars verträgt sich meiner Ansicht nach gar nicht mit der von ihm vertretenen Amtstheorie. Nach dieser erwirbt ja der Ersteher das Grundstück allein darum, weil es ihm von dem Richter zugeschlagen wird. Seine Ansicht begründet er also: „Fehlt es an dieser Voraussetzung (daß das Grundstück auf dem Grundbuchblatt, das für die Versteigerung maßgebend ist, zu recht gebucht ist), so kann der Ersteher auch nicht das Eigentum an dem Grundstück erwerben, weil das Eigentum an dem auf dem richtigen Blatt gebuchten Grundstück durch den Aufruf nicht getroffen wird und gegen den Eigentümer dieses Grundstückes daher auch nicht die in § 37 Ziff. 5 bezeichneten Folgen eintreten können. Regelmäßig wird es sich in einem solchen Falle nur um einzelne Flurstücke eines größern Grundstückes handeln." Außer letzteren Fällen gehört beim Personalfolium jedenfalls auch der Fall hierher, daß der frühere Eigentümer A dem jetzigen Eigentümer B das Grundstück X aufgelassen hat, der Grundbuchbeamte aber es vergessen hat, auf dem Folium des Auflassenden A das Eigentumsrecht am Grundstück X zu löschen. Betrachten wir die rechtlichen Folgen, wenn A Subhastat ist und in dem gegen ihn gerichteten Zwangsversteigerungsverfahren das Grundstück X ausgeboten und zugeschlagen wird. Nach Kretzschmar erwirbt der Ersteher kein Eigentum, weil „das Eigentum an dem auf dem richtigen Blatt gebuchten Grundstück durch den öffentlichen Aufruf nicht betroffen wird." Weshalb aber dieses Eigentum durch den öffentlichen Aufruf nicht getroffen werden soll, ist nicht einzusehen. In der Terminsbestimmung wird ja das Grundstück so genau bezeichnet, daß über seine Identität kein Zweifel bestehen kann. Es wird auf alle Fälle die Nummer des Flurbuchs oder Katasters angegeben, und, da diese in der Regel nur eine sehr abstrakte und nicht anschauliche Bezeichnung bietet, wird man auch die Bezeichnung der Kulturart (Wohnhaus, Acker, Garten 2c.) schwerlich entbehren können. Denn es ist zu beachten, daß der Ausschluß der Rechte Dritter (§ 37 Ziff. 4 und 5 Z. V. G.) eine gewisse Anschaulichkeit und Bestimmtheit der Bekanntmachung erheischt, die durch bloße Zahlen nicht erreicht wird. (v. d. Pfordten S. 105. III. 2.) Hat der wahre Eigentümer aber Gelegenheit gehabt, in der veröffentlichten Terminsbestimmung dies zur Kenntnis zu nehmen und so zu ersehen, daß es sich um sein Eigentum handelt, meldet jedoch trotzdem seine Ansprüche nicht an, so muß er

auch die in § 37 Ziff. 5 Z. V. G. ausgesprochenen Folgen tragen. cf. hier das Urteil des R. G. vom 16. III. 1904. In dem von Kretzschmar als Beispiel angezogenen Falle, wo es sich um einzelne Flurstücke eines größern Grundstückes handelt, liegt die Sache genau so: wenn das Grundstück nicht genau genug bezeichnet ist, so hat die nach § 37 Ziff. 5 Z. V. G. erfolgte Aufforderung keine Wirkung: der wahre Eigentümer behält sein Eigentum. (cf. R. G. 16. III. 04.) Ist die Aufforderung aber genau, so wird auch das Eigentum an dem auf dem richtigen Blatt gebuchten Grundstück durch den öffentlichen Aufruf betroffen.

Es bedarf also hier nicht einer Anwendung des § 323 B. G. B. Außerdem sei auch noch erwähnt, daß Kretzschmar neben dem eben besprochenen Falle es auch an andrer Stelle für geboten hält, den § 323 B. G. B. im Z. V. G. ergänzend anzuwenden. (cf. Kretzschmar S. 112 Z. 10 v. o.) Er kommt also auch ohne Heranziehung der Vorschriften des B. G. B. über Verträge nicht aus.

Inkonsequent vom Standpunkt der Amtstheorie erscheint mir auch folgende Aufstellung Kretzschmars. S. 111 behandelt er den Fall, daß auf dem versteigerten Grundstück vor dem Zuschlag ein Gebäude durch Feuersbrunst zerstört worden ist, und dies Gebäude für das Grundstück eine so wesentliche Bedeutung hat, daß sich im Hinblick auf seine Vernichtung sagen läßt, es sei ein andrer Gegenstand als der nach den Versteigerungsbedingungen ausgebotene zugeschlagen. (B. G. B. § 119 Abs. 2); „hier kann nach § 100 Abs. der Ersteher den Zuschlag anfechten. Versäumt er dies, so hat er auch das Gebot im ganzen Umfang zu erfüllen; ein Anspruch auf Minderung, den Reinhard für gegeben erachtet, ist mit Rücksicht auf die Vorschrift in § 56 Satz 3 ausgeschlossen.“ Kretzschmar sucht so der Anlehnung an die Bestimmungen des B. G. B. über Verträge zu entgehen, indem er den Minderungsanspruch verwirft, und dem Ersteher durch Beschwerde nach § 100 Abs. 1 Z. V. G. eine Anfechtung wegen Irrtums eröffnet. Damit gerät er aber erst recht in das Gebiet der Vorschriften des B. G. B. hinein. S. 111 sagt er weiter: „Maßgebend ist lediglich, daß das Grundstück als ein mit einem Gebäude besetztes ausgeboten wurde, und daß es diese Eigenschaft zur Zeit des Zuschlags als zu dem für den Uebergang der Gefahr entscheidenden Zeitpunkt nicht besitzt. Der Umstand, daß die Gefahr in Ansehung des Grundstücks erst mit dem Zuschlag übergeht, hat notwendigerweise

zur Folge, daß der Ersteher den Zuschlag wegen eines Irrtums, der in B. G. B. § 119 Abs. 2 bezeichneten Art auch dann anfechten kann, wenn die Vernichtung des Gebäudes erst nach der Versteigerung eintritt und also das Ausgebot an sich den wirklichen Verhältnissen entsprach. (§ 100 Abs. 1.)"

Diese Ausführung erscheint mir nicht zutreffend: Das Meistgebot, das ja eine Willenserklärung ist, ist unter richtigen Voraussetzungen abgegeben worden. Dabei unterlief dem Bietenden kein Irrtum. Wenn von einem solchen überhaupt die Rede sein kann, so liegt ein solcher nur auf Seiten des Versteigerungsbeamten vor, der den Zuschlag erteilt, und zwar ein Irrtum über die Qualität des betreffenden Grundstückes. Nach der Auffassung Kretzschmars ist aber der Zuschlag kein Rechtsgeschäft, keine Willensäußerung, und kann deshalb auch nicht wegen Irrtums angefochten werden. Läßt man aber mit Kretzschmar eine Anfechtung des Zuschlags wegen eines dabei dem Versteigerungsbeamten unterlaufenen Irrtums zu, so darf man nicht sagen, daß der Zuschlag keine Willensäußerung der Partei darstelle, daß er vielmehr nur ein staatlicher Akt sei. Ich kann mir wenigstens nicht vorstellen, daß man einen staatlichen Akt mit Beschwerde anfechten könnte auf Grund eines Irrtums des Versteigerungsorganes, wenn dieser Irrtum sich nur auf die Qualität des Grundstücks bezieht und nicht ein Irrtum in Bezug auf die Anwendung der Rechtsvorschriften ist. Eine Anfechtung nach § 100 Z. V. G. ist wohl gerechtfertigt, wenn der Richter einen Verstoß gegen die Vorschriften des Z. V. G. macht, und auch dies nur innerhalb der Grenzen, die § 100 Z. V. G. selbst gezogen. Der Fall des Irrtums wird aber von diesem § nicht berücksichtigt. Selbst wenn man aber Kretzschmar zugestehen wollte, daß eine Beschwerde wegen Irrtums nach § 100 Z. V. G. zulässig sei, so könnte sie doch nie wegen eines Irrtums nach § 119 Abs. 2 B. G. B. erfolgen. Denn es darf nicht vergessen werden, daß nach diesem § nur derjenige eine Willenserklärung wegen Irrtums anfechten kann, der im Irrtum war, und das ist in diesem Falle nicht die Partei, sondern der Versteigerungsbeamte gewesen.

Daß Kretzschmar trotz allen Betonens der Ueberflüssigkeit eines Zurückgehens auf die Bestimmungen des B. G. B. für das Z. V. G. sich dennoch der Vorschriften des B. G. B. bedient, um die sich ergebenden Lücken auszufüllen, zeigt, daß wir ohne deren Anwendung, soweit sie Rechtsgeschäfte im allgemeinen und Kauf im speziellen be-

treffen, nicht auskommen. Denn lehnen wir die Ausführungen Kretzschmars ab, so bleibt uns kein andrer Ausweg, als mit Reinhard und Jäkel dem Ersteher einen Minderungsanspruch zuzugestehen, entsprechend der Bestimmung des § 472 B. G. B. Ein solcher aber rechtfertigt sich nur auf dem Boden der Vertragstheorie. Bei konsequentem Festhalten an der Amtstheorie bleibt nichts anderes übrig, als dem Ersteher jede Hilfe zu versagen.

Es erübrigt sich noch, auf die Bemerkungen Reinhards zum § 56 Z. V. G. einzugehen. Im Laufe der Darstellung ist ja schon mehrmals darauf verwiesen worden. Für den Fall des teilweisen Untergangs des Grundstückes mindert sich nach Reinhard die Gegenleistung ipso jure nach Maßgabe der Vorschriften in §§ 472, 473 B. G. B. Er begründet dies damit, daß er sagt: „Auch diese Vorschriften sind zunächst auf Vertragsverhältnisse berechnet, aber ihrer Natur nach auf den Zwangsversteigerungsfall übertragbar.“ Die Richtigkeit dieser Bemerkung sei nicht bestritten: allein zu ihrer Anwendung darf man nur kommen, wenn man die Vertragstheorie für richtig hält.

Von den Gegnern der Vertragstheorie verwirft v. d. Pfordten in konsequenter Durchführung der Amtstheorie die von Reinhard und Jäkel verfochtene Minderung nach § 472 B. G. B. Er hilft sich mit dem Ausweg, daß nicht nur bei totalem (wie Jäkel und Reinhard annehmen), sondern auch bei teilweisem Untergang des Grundstücks vor dem Zuschlag dieser mit der Beschwerde gemäß § 83 Ziff. 6 angegriffen werden könne. Sei der Zuschlag aber rechtskräftig geworden, so müsse er als nichtig betrachtet werden, weil er etwas verfügt, was nach den natürlichen Gesetzen unmöglich sei (v. d. Pfordten § 55 Anm. 2 c.) Es ist oben bereits ausgeführt, daß bei teilweisem Untergang des Grundstücks der Fall der Beschwerde nach § 100 Abs. 1 Z. V. G. gestützt auf § 83 Ziff. 6 l. c. nicht gegeben sein kann, da es sich hier nur um einen Irrtum des Richters über die Qualität des Objekts handelt, der auf die rechtliche Beurteilung der Sachlage gar keinen Einfluß ausübt. Wie denkt sich v. d. Pfordten nun den Fall, daß sich das Beschwerdegericht auf diesen Standpunkt stellt und die Beschwerde abweist, weil hier kein Fall des § 83 Ziff. 6 l. c. vorliege? Dann könnte nach v. d. Pfordtens Auffassung der Ersteher den Zuschlag immer noch für nichtig ansehen, „weil er etwas verfügt, was nach den natürlichen Gesetzen unmöglich ist.“ Bei dieser Sach-

lage handelt m. E. der Ersteher am gescheitesten, wenn er sich die Kosten der Beschwerde, mag sie auch viel Aussicht auf Erfolg haben, spart, den Zuschlag rechtskräftig werden läßt und ihn dann „als nach den natürlichen Gesetzen unmöglich" als nichtig betrachtet. Bemerkt sei noch, daß das, was oben über Jäkels Anwendung des § 306 B. G. B. gesagt wurde, sich hier auch sagen läßt über v. d. Pfordten und auch über Reinhard, soweit dieser bei totalem Untergang des Grundstückes erklärt, der Zuschlag würde, weil gegenstandslos, nichtig sein.

Kehren wir aber jetzt wieder dazu zurück, die Konsequenzen darzulegen, die sich aus der Verschiedenheit der beiden Theorien ergeben.

6) Die Motive sagen S. 243: Der Beschluß muß die Versteigerungsbedingungen, soweit dieselben nicht die gesetzlichen sind, in sich aufnehmen. Sind besondere Bestimmungen nicht gestellt, so genügt es, in dem Beschluß zum Ausdruck zu bringen, daß das Grundstück unter den gesetzlichen Bedingungen dem Ersteher zugeschlagen werde. Schweigt der Beschluß über die Bedingungen gänzlich, so sind lediglich die gesetzlichen maßgebend." (Mot. S. 243). Dieser letzte Satz muß, vom Standpunkt der Vertragstheorie aus gesehen, bestritten werden. Es muß vielmehr aufgestellt werden, daß, „wenn der Beschluß die Annahme der Kaufofferte bedeute, der Vertrag nach dem Vertragswillen der Beteiligten ergänzt werden müsse." (Wolff § 82, Bem. 4, auch Rothenberg a. a. O. S. 273, 274. cf. das von diesem angeführte Reichsgerichtsurteil S. 274. a. M. Jäkel, Fischer-Schäfer, Kretzschmar, Niederer, die den Standpunkt der Motive teilen und Reinhard S. 420, der glaubt, daß, wenn der Zuschlagsbeschluß über die Bedingungen ganz schweigt, durch Auslegung festgestellt werden könne, welche maßgebend sein sollen und als Beispiel dafür eine Ergänzung des Zuschlagsbeschlusses aus dem Protokoll über den Versteigerungstermin anführt.)

7) Eine weitere Verschiedenheit ergibt sich in der Frage, ob § 578 B. G. B. auch analog angewandt werden solle, obwohl der § 57 Z. V. G. dies nicht ausdrücklich anordnet. Es handelt sich hier um den Fall, daß der Subhastat das betreffende Grundstück vermietet hat, der Mieter sich aber noch nicht im Besitze desselben befindet. Nach § 571 B. G. B. tritt der Ersteher nur dann in das Mietsverhältnis ein, wenn der Mieter sich im Mietbesitz befand. § 571 B. G. B. erklärt nun, es solle trotzdem das Gleiche gelten wie in § 571 Abs. 1 B. G. B., wenn der Erwerber dem Vermieter gegen-

über die Erfüllung der sich aus Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen übernommen hat. Läßt sich dies auch für den Fall der Zwangsversteigerung annehmen, falls Uebernahme des Mietvertrags durch die Versteigerungsbedingungen vorgesehen wird, da damit der Ersteher die Erfüllung der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen übernommen hat? Wolff bejaht diese Frage (S. 137); die Gegner werden wohl zu der entgegengesetzten Anschauung kommen.

8) In civilprozeßualer Hinsicht hat die Verschiedenheit der Theorien auch Bedeutung. Hinsichtlich dieses Punktes sei es gestattet, die Ausführungen Rothenbergs (a. a. O. S. 280, 281) zu citieren: „Da dem Richter als Kraft seines Amtes berufenen Vertreter des Schuldners die Empfangnahme des Erlöses und dessen Verteilung an die Hebungsberechtigten, sowie die Herauszahlung des etwaigen Ueberschusses an den Schuldner obliegt, so ist, soweit es sich um die Zwangsvollstreckung in einem dem Hebungsberechtigten oder dem Schuldner zustehenden Anspruch auf Zahlung eines Anteils am Erlöse handelt, der Richter als Drittschuldner im Sinne des § 829 C. P. O. anzusehen und ihm der Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß zuzustellen. (Wolff Anm. 3 zu § 107.) Die abweichende Ansicht von Fischer und Schäfer (Anm. 1b zu § 92), wonach im vorliegenden Falle ein Drittschuldner nicht vorhanden ist und deshalb gemäß § 857 Abs. 2 C. P. O. die Pfändung des Rechts auf Befriedigung aus dem Erlöse durch Zustellung des Verfügungsverbotes an den Hebungsberechtigten bewirkt wird, verkennt, daß der Richter nicht bloß kraft obrigkeitlicher Machtvollkommenheit, sondern auch in privatrechtlicher Funktion als Vertreter des Schuldners den Erlös in Empfang zu nehmen und zu verteilen hat."

9) Nach der Auffassung von Wolff ist beim Erwerb von Zubehör durch den Ersteher eines Grundstücks auch dessen Erwerbswille und guter Glaube von Bedeutung. (Wolff Anm. 7 zu § 55.) Hat der Ersteher beim Erwerb von Zubehör gewußt, daß dasselbe Eigentum eines Dritten ist, so erwirbt er kein Eigentum, da dann die §§ 926 Abs. 2, 932 ff. B. G. B. zur Anwendung kommen. Die Anhänger der Amtstheorie sprechen sich natürlich gegen die Anwendung dieser §§ aus. Aber auch Günther (S. 71), sonst ein Anhänger der Vertragstheorie, spricht sich dagegen aus, indem er sich auf den § 90 Abs. 2 Z. V. G. beruft. Meines Ermessens mit Recht. Der § 90 Abs. 2 l. c. trifft eine Bestimmung, die demselben

Geist entsprungen und demselben Zwecke dienen soll wie der letzte Satz des § 56 Z. V. G.

Die Aufzeichnung aller dieser aus den beiden Theorien sich ergebenden Verschiedenheiten erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie sollte nur zeigen, daß die Frage, um die wir uns hier bemühen, kein Streit „um Kaisers Bart" ist.

3. Kapitel.

Vertretungs- oder Amtstheorie, Kaufvertrag oder öffentlich-rechtlicher Akt?

Die Motive zum Entwurf I führen S. 113 ff. aus: „Dem geltenden Rechte gegenüber erhebt sich die Frage, wie die Zwangsversteigerung juristisch zu konstruieren, welchem andern Rechtsgeschäft sie an die Seite zu stellen ist. Die geschichtliche Entwicklung der Subhastation aus dem römischen Pfandverkaufe legt es nahe, in der Versteigerung des Grundstückes einen **Verkauf** zu sehen, der nur die Eigentümlichkeit hat, daß der Vertrag in den Formen der Zwangsvollstreckung zu stande gebracht und vollzogen wird. . . . (Folgt eine Aufzählung, wie die verschiedenen Landesrechte den Fall behandeln.) „Neuerdings ist die ganze Verkaufstheorie als unzutreffend bekämpft und ihr die Auffassung entgegengesetzt worden, daß der Richter lediglich in Ausübung seiner Pflicht dem Gläubiger den exekutorischen Rechtsschutz zu gewähren, kraft obrigkeitlicher Machtvollkommenheit das Eigentum dem Schuldner nehme und auf den Meistbietenden übertrage. (Dernburg, Privatrecht 1 § 343; Krech und Fischer, preuß. Gesetz vom 13. Juli 1883 S. 111 ff.)"

„Auf die Gründe für und gegen die eine und die andre Auffassung ist hier nicht einzugehn. Der Entwurf bezweckt die Zwangsversteigerung der Grundstücke vollständig zu regeln. Diese Regelung muß allerdings, da sie ein Glied in dem System des bürgerlichen Rechtes ist, in dessen Vorschriften ihre Ergänzung finden. Allein ein praktisches Bedürfnis zu einer Entscheidung, ob die Ergänzung gerade aus den Vorschriften über den Kaufvertrag zu entnehmen ist, hat sich bei der Aufstellung des Entwurfs nicht ergeben. Die Lösung der

Konstruktionsfrage kann daher ohne Schaden für die Rechtssicherheit der Wissenschaft überlassen bleiben."

Die Frage, ob ein privatrechtliches Veräußerungsgeschäft oder nur ein amtlicher Akt in dem Zuschlag enthalten ist, wird also vom Gesetzgeber nicht entschieden, sondern mit voller Absicht der Wissenschaft zur Entscheidung überlassen. Durch die Aeußerung: „Diese Regelung muß allerdings, da sie ein Glied in dem System des bürgerlichen Rechtes ist, in dessen Vorschriften ihre Ergänzung finden", scheint der Gesetzgeber sich, wenn auch unabsichtlich, der Vertragstheorie zuzuwenden. Allein daß dies nicht der Fall ist, ergibt sich aus den Ausführungen der Motive S. 259, welche besagen:

Es könne „der Erwerb des Erstehers nicht auf eine rechtsgeschäftliche Uebertragung zurückgeführt werden; denn der Ersteher erwirbt das Eigentum, nicht weil es ihm von dem Beteiligten bezw. von dem Gläubiger oder Schuldner übertragen, sondern weil ihm das Grundstück von dem Vollstreckungsgerichte zugeschlagen werde. Der Zuschlag ist nach dem Entwurf nicht das Zeichen der Vollendung eines Vertrags, auch nicht die Form eines solchen, sondern ein Richterspruch, durch welchen aus dem stattgehabten Verfahren das dem Zwecke desselben entsprechende Ergebnis für und gegen die Beteiligten und die noch gebundenen Bieter gezogen wird. Diese rechtliche Natur des Zuschlags bringt es mit sich, daß die Rechtsänderungen, welche derselbe bezweckt, unmittelbar mit dem Spruch des Gerichtes ins Leben treten müssen. Der Eigentumserwerb kann daher folgerecht nur an den Zuschlag geknüpft werden."

Wir sehen: zuerst sprechen die Motive aus, daß sie den Streit der Meinungen nicht lösen wollen, sondern ihn der Wissenschaft überlassen, zugleich aber brechen sie eine Lanze für die Vertragstheorie. Später jedoch geben sie der Amtstheorie den Vorzug. Für positiv rechtliche Fragen ist nun ohnehin schon die Absicht der Redaktion von nebensächlicher Bedeutung, nur das Gesetz selbst und dessen Auslegung spielt eine Rolle. Dies führt auch Riedinger (Der Besitz an gepfändeten Sachen) aus, indem er sich dabei auf Krech und Fischer (Zwangsvollstr. 1. Aufl. 108) stützt. S. 6 sagt er: „Die Motive die Absichten der Regierung und der Kommission können in derartigen Fragen nicht entscheidend sein . . . Hier handelt es sich um eine rein konstruktive Frage, für deren Beantwortung ist aber nicht einmal der Wortlaut des Gesetzes entscheidend, noch weniger „die Absicht des

Gesetzgebers", vollends gleichgiltig aber die Absicht der Regierung, der Kommission, des Verfassers der Motive." Diese Ausführungen macht Riedinger, indem er sie im Streite um die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers gegen die Mandatstheorie, d. h. die Theorie, welche das Verhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger als Auftrag oder vielmehr als Dienstmiete nach B. G. B. betrachtet, anwendet. Wie sehr dieser Streit dem unsern verwandt ist, darüber später. Was aber dem einen recht ist, ist dem andern billig, und es geht deshalb nicht an, daß diejenigen, die gegen die „Mandatstheorie" in der Zwangsversteigerung sind, hier auf die Motive sich stützen, während sie sie dort verwerfen, weil sie der Beweisführung des Gegners dienen. Um so mehr aber muß in unserer Frage die in den Motiven ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers ohne Bedeutung sein, als sie sowohl der einen als auch der andern Ansicht die Approbation erteilt.

Zur Entscheidung steht nun: Verträgt es sich mit der Stellung des Versteigerungsorganes als Beamter, daß er in **Vertretung der Partei handelnd** dem Ersteher das Versteigerungsobjekt „zuschlägt", d. h. zu Eigentum überträgt? Anders gefaßt: Erwirbt der Ersteher Eigentum an dem Versteigerungsobjekt deshalb, weil der Beamte als Vertreter der Partei handelnd dessen Eigentum dem Ersteher überträgt (Vertretungstheorie, Vertragstheorie) oder erwirbt er es deshalb, weil er durch Richterspruch als Eigentümer eingesetzt wurde? (Amtstheorie.)

Um zu einer Lösung zu kommen, müssen wir zunächst die Frage betrachten, ob es sich überhaupt mit der Stellung eines Beamten vereinbaren läßt, ihn als privatrechtlichen Vertreter einer Partei zu betrachten. Diesem Zwecke diene eine Betrachtung der Streitfrage über die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers. Eine eingehende Schilderung dieser Frage würde aber zu weit führen. Zur Darlegung des Sachverhalts citiere ich deshalb nur Rottmann (Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers.) S. 28: „Die einen betrachten den Gerichtsvollzieher ausschließlich als Beamten, der innerhalb seines scharf begrenzten, amtlichen Wirkungskreises der Partei lediglich als Organ der staatlichen Zwangsgewalt gegenüberstehe. Die andern erklären das Verhältnis zwischen Partei und Gerichtsvollzieher als ein privatrechtliches, das den Grundsätzen des Mandates unterliege, wobei erst in zweiter, sekundärer Linie die Stellung des Gerichtsvollziehers als Beamter in Betracht komme. Das Reichsgericht hat sich in seiner Plenarentscheidung vom 10. VI. 1886 (Bd. XVI. S. 396 ff.) mit

Recht auf letztern Standpunkt gestellt und somit bei dem Ansehen seiner Urteilssprüche die Streitfrage wenigstens für die Praxis erledigt."

Den Standpunkt des Reichsgerichtes, daß es mit dem Amt eines Gerichtsvollziehers wohl vereinbar sei, anzunehmen, er handle in Diensten der Partei, werde somit für diese tätig, halte ich mit Rottmann für richtig. Neue Gründe hiefür zu bringen, vermag ich allerdings nicht. Nach der zutreffenden Aeußerung Falkmanns (Zwangsvollstr. S. 65 No. 3 a) sind ja auch die Gründe für und wider bereits so erschöpfend behandelt, daß sich etwas Neues kaum noch hinzufügen läßt. (Rottmann a. a. O. S. 29.) M. E. ergibt sich die beste Begründung schon aus dem Zweck, dem das Institut der Gerichtsvollzieherei dient. Der Staat hat mit der Wahrung der Gläubigerinteressen in der Mobiliarzwangsvollstreckung den Gerichtsvollzieher beauftragt. Wendet sich nun der Gläubiger mit seinem „Auftrag" zur Vollstreckung an die Gerichtsvollzieherei, so gibt er diesem allgemeinen Auftrag erst seinen Inhalt d. h. er setzt diesen allgemeinen staatlichen Auftrag zur Wahrung der Gläubigerinteressen in einen speziellen Auftrag zur Wahrung seiner Interessen um. Was ist nun, genau betrachtet, dieser staatliche Auftrag eigentlich? Doch nur das „Amt": Amt ist ja nichts anders als staatlicher Dienst, staatlicher Auftrag.

Kann mit dem staatlichen Auftrag Hand in Hand gehen ein privater? Vor Beantwortung dieser Frage betrachte man den Grund, aus welchem der Staat die Zwangsvollstreckung in die Hände staatlicher Beamten gelegt hat: doch blos deshalb, weil er die Eigenmacht verboten und daher **sein** Zwangsrecht zur Verfügung der Rechtssubjekt halten muß, um diesen zu ermöglichen, ihre Rechte zu verwirklichen. (Binding: der Rechtszwang nach Wesen, Arten, Grenzen S. 486, Wach, Handbuch, S. 318 ff.) Wenn der Gläubiger dem Gerichtsvollzieher den Auftrag zur Zwangsvollstreckung gibt, so heißt das eben nur, daß er sein Recht durch die ihm zur Verfügung stehenden Zwangsorgane verwirklichen will. Und wenn der Gerichtsvollzieher den Weisungen des Gläubigers nachkommen muß, so handelt er tatsächlich in Diensten des Gläubigers, unbeschadet seiner Stellung als Beamter. Daß der Gerichtsvollzieher die Entschädigung für seine Dienste in Form einer Gebühr erhält, sei es, daß diese direkt in seine Tasche fließt, sei es, daß sie dem Staat anfällt, der ihn seinerseits wiederum besoldet, hindert nicht, ihn als in Diensten des Gläubigers

handelnd, zu betrachten. Der Staat hat das Institut eben derart geregelt: daß nur der Gerichtsvollzieher in der Vollstreckung tätig werden darf, das gibt ihm die Stellung als Beamter; daß aber der Staat in der Person seines Beamten sich dem Auftrage des Gläubigers fügt und dessen Weisungen nachkommt, verleiht dem Gerichtsvollzieher die privatrechtliche Stellung eines Beauftragten des Gläubigers. (Mit dem Ausdruck „Beauftragter" soll hier keine Stellung genommen werden zu dem Streit, ob Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag vorliegt.)

Ein weiteres Eingehen auf diese Verhältnisse verbietet sich schon deshalb, weil wir uns dann in Einzelheiten verlieren müßten, die für unsre eigentliche Frage ohne Bedeutung sind. Das, was für uns von Belang ist, erkennen wir aus dem Gesagten: nämlich daß es mit der Stellung eines Staatsbeamten wohl vereinbar ist, wenn man einzelne seiner Handlungen und folgerichtig auch deren rechtliche Wirkungen den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes unterwirft, sie aber nicht allein daraus zu erklären sucht, daß sie nur Aeußerungen staatlichen Willens seien.

Das R. G. hat, wie oben erwähnt, dieser Lehre sich angeschlossen, soweit sie die Stellung des Gerichtsvollziehers betrifft, es hat sie auch früher für das Gebiet der Immobiliarzwangsvollstreckung geteilt. Unter den Angriffen aber, die Krech und Fischer gegen letztere Ansicht richteten, hat es sie für die Zwangsversteigerung von Grundstücken aufgegeben und sich zu der Auffassung bekannt, dem Zuschlag des Richters könnten keine privatrechtlichen Elemente beigemischt sein.

Dem gegenüber muß gesagt werden, daß, wenn es möglich ist, daß den Handlungen des Gerichtsvollziehers privatrechtliche Elemente beigemischt sind, dies gerade so gut beim Richter der Fall sein kann. Einen Grund für die Verschiedenheit der Anschauungen des R. G. vermag ich insoweit nicht zu finden, als die Vertreterstellung des Richters deshalb als unmöglich geleugnet wird, weil es sich mit seinen Handlnngen als denen eines staatlichen Beamten nicht vereinbaren lasse, sie in ihren Folgen vom privatrechtlichen Standpunkt aus zu betrachten. Noch in einer Entscheidung von 1903 (J. W. XXXII. Jhrg. S. 134 [53]) bekennt es sich zu der Auffassung, daß der Gerichtsvollzieher im Zwangsvollstreckungsverfahren dem Schuldner gegenüber lediglich ein mit der Ausübung staatlichen Zwangsrechtes betrauter Beamter sei, dagegen zwischen dem den Gerichtsvollzieher beauftragenden und jenem Vertragsverhältnis bestehe, das nach den Bestimmungen

des B. G. B. als Dienstmiete sich darstelle. Der Gerichtsvollzieher erscheine dabei in seinen Geschäftsbesorgungen als der Vertreter des Gläubigers, auf den die Vorschriften des § 164 B. G. B. Anwendung finden. „Der Beschluß der vereinigten Civilsenate vom 10. Juni 1886 sage keineswegs, daß der Gerichtsvollzieher im Verhältnis zum Gläubiger aufhöre, Beamter zu sein und begründe (so führt das Berufungsgericht aus, von dem die Revision an das Reichsgericht gelangte und dessen Anschauung von letzterem gebilligt wurde) unter Hinweisung auf die Entscheidung des 4. Civilsenates vom 11. 6. 1887 in Bd. 17 S. 332 R. G. in Civilsachen, auf eine weitere Entscheidung des 3. Civilsenates vom 8. 4. 1884 Bd. 11 S. 206 und Entscheidungen in Strafsachen Bd. 18 S. 341 Bd. 19 S. 70, sowie auf die Bestimmungen in § 813 Abs. 2 C. P. O. über die unter gewissen Voraussetzungen angeordnete Fortsetzung der Zwangsvollstreckung nach Befreiung des Schuldners, der §§ 45 und 56 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher und der §§ 11 und 12 der Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher die Rechtsanschauung, daß der Gerichtsvollzieher auch dem Gläubiger als öffentlicher Beamter gegenüberstehe, solange die Zwangsvollstreckung daure."

Hier ist also klipp und klar der Anschauung Ausdruck gegeben, daß es mit der Tätigkeit eines mit öffentlicher Gewalt ausgestatteten Beamten durchaus vereinbar sei, wenn man sie unter dem Gesichtswinkel des Civilrechtes betrachte.

Wenn das R. G. aber auf diesem Standpunkt steht, so kann es nicht a priori zur Verwerfung der Vertretungstheorie im Immobiliarzwangsvollstreckungsrecht kommen. Etwas anderes ist es natürlich, wenn es aus Gründen, die sich aus den Bestimmungen des Z. V. G. selbst ergeben, diese Theorie verwerfen sollte. Ein Unterschied zwischen beiden Fällen besteht nun allerdings darin, daß die C. P. O. von einem „Auftrag" des Gläubigers an den Gerichtsvollzieher spricht, während Z. V. G. einen solchen Ausdruck sorgfältig vermeidet. Eine Analogie könnte man höchstens darin finden, daß § 15 Z. V. G. von einem „Antrag" an das Vollstreckungsgericht spricht. Betrachtet man jedoch genau, was die C. P. O. mit dem Wort „Auftrag" ausdrücken will, so ergibt sich, daß damit nicht der Auftrag nach B. G. B. § 662 ff. gemeint sein kann; ein solcher liegt ja nach der Anschauung des R. G. gar nicht vor: In dem zuletzt citierten Urteile ist es selbst der Ansicht, daß es sich hier um Dienstmiete nach § 611 ff.

B. G. B. handle. Mit dem Wort „Auftrag" soll auch hier nichts anderes bezeichnet werden, als das, was Z. V. G. in § 15 glücklicher mit „Antrag" bezeichnet. Mit dieser Auffassung entfällt auch der auf die Terminologie der C. P. O. im Gegensatz zum Z. V. G. sich stützende Grund, den Beamten der Immobiliarzwangsvollstreckung anders zu behandeln als den der Mobiliarzwangsvollstreckung.

Die Möglichkeit, einen Beamten in seinen Amtshandlungen als Vertreter gemäß § 164 ff. B. G. B. zu behandeln, ist somit gegeben. Daß sie für den Gerichtsvollzieher wahrscheinlicher ist, weil er mit Willen des Vertretenen handelt, als für den Richter (oder Notar), der den Zuschlag ohne, ja vielleicht gegen den Willen des Vertretenen erteilt, mag auf den ersten Blick hin zugegeben werden. An dem **tatsächlichen** Bestehen der Vertretung ändert das jedoch nichts. Man vergleiche hier nur die Bestimmung des § 679 B. G. B. Außerdem regelt das B. G. B. einen analogen Fall, wo eine bewegliche Sache ohne, ja vielleicht gegen den Willen des Eigentümers versteigert und zugeschlagen wird: § 978 ff. B. G. B. Wenn jemand eine Sache in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt findet und an sich nimmt, hat er die Sache unverzüglich an die Behörde oder die Verkehrsanstalt oder an einen ihrer Angestellten abzuliefern. Die Behörde oder die Verkehrsanstalt kann die an sie abgelieferte Sache öffentlich versteigern lassen. Die öffentlichen Behörden und die Verkehrsanstalten des Reichs der Bundesstaaten und der Gemeinden können die Versteigerung durch einen ihrer Beamten vornehmen lassen. Der Erlös tritt an Stelle der Sache. Diese Versteigerung ist erst zulässig, nachdem die Empfangsberechtigten in einer öffentlichen Bekanntmachung des Fundes zur Anmeldung ihrer Rechte unter Bestimmung einer Frist aufgefordert worden sind und die Frist verstrichen ist; sie ist unzulässig, wenn eine Anmeldung ihrer Rechte rechtzeitig erfolgt ist. Man vergleiche nun mit dieser Regelung die Bestimmungen des Z. V. G., insbesondere den § 37 Ziff. 5. Die Aehnlichkeit wird noch größer, wenn man sich folgenden Fall denkt: Es handelt sich um einen Fund im Gerichtsgebäude. Da kann nun die Justizbehörde nach § 979 B. G. B. die Regelung getroffen haben, daß die Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher, einen Richter oder sonst einen ihrer Beamten gehalten werde. Es erhebt sich sodann ebenfalls die Frage: Handelt der versteigernde Beamte als

Vertreter des Verlierers? Bei der Entscheidung muß zunächst geprüft werden, welche rechtliche Stellung der Finder überhaupt zu dem Verlierer einnimmt. Dernburg (Sachenr. S. 328) sagt dazu: „Der Finder übernimmt durch die Inhandnahme der Fundsache eine unbeauftragte Geschäftsführung, doch spricht dies das B. G. B. nicht besonders aus, nach den Motiven Bd. 3 S. 376 wollte man die Frage offen lassen. Da Rechte und Pflichten des Finders besonders geregelt sind, so können die Vorschriften über Geschäftsführung nur ergänzend eintreten." Diese Ansicht Dernburgs dürfte unbestreitbar richtig sein. Wenn der bürgerliche Finder unbeauftragter Geschäftsführer ist, so ist die Justizbehörde, an die der Fund abgeliefert worden ist, unbeauftragte Geschäftsführerin, und der Beamte, der die Versteigerung der gefundenen Sachen vornimmt, ist Vertreter des Verlierers. Auf den Willen des Verlierers kommt es nicht an: er wird ersetzt durch den Versteigerungsbeamten. Der § 679 B. G. B. findet hierin eine analoge Anwendung und Ausdehnung.

Die Aehnlichkeit dieses Falles mit unsrer eigentlichen Streitfrage läßt sich noch weiter entwickeln: es läßt sich sogar der Fall denken, daß der Eigentümer, der die Sache verloren hat, sie selbst ersteigert. Es braucht sich z. B. um eine Sache handeln, die der Verlierer nicht als die seinige erkannt hat.

Unter entsprechender Anwendung des Urteils des R. G. über die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers (cf. das oben citierte Urteil in T. W. 32. Jhrg. S. 134) kommen wir dazu, zu sagen, daß zwischen dem Gerichtsvollzieher oder dem sonstigen Beamten (also eventuell auch dem Richter), der die Versteigerung des Fundes leitet, und dem Verlierer das Vertragsverhältnis bestehe, das sich nach den Bestimmungen des B. G. B. als Geschäftsführung ohne Auftrag darstelle. Der betreffende Beamte erscheint dabei in seinen Geschäftsbesorgungen als der Vertreter des Verlierers, auf den die Vorschriften des § 164 B. G. B. Anwendung finden.

Kehren wir zum Beweisthema zurück. Der Zweck der angeführten Beispiele war, zu zeigen: 1) daß es sich mit der Stellung eines Beamten wohl vereinbaren lasse, seine Handlungen unter dem Gesichtspunkt der Stellvertretung nach B. G. B. zu betrachten. 2) Daß es dabei rechtlich gleichgiltig sei, ob die Stellvertretung mit, ohne oder gegen den Willen des Vertretenen geschehe. Für den ersten Punkt hat sowohl das Beispiel des Gerichtsvollziehers im allgemeinen

als auch das den Fund versteigernden Beamten gesprochen, für den zweiten Punkt spricht § 679 B. G. B. und legt insbesondere Dernburg seine Autorität in die Wagschale, indem er den Finder eine „unbeauftragte Geschäftsführung" betätigen läßt.

Dernburgs Auffassung in diesem Falle steht in Widerspruch zu seiner Auffassung über die Tätigkeit des Richters, welcher die Zwangsvollstreckung leitet. Von diesem sagt er (Sachenrecht § 251), daß er eine **öffentliche** Aufgabe habe, nicht also die Vertretung einer Partei. Diese Aufgabe besteht darin, unter Wahrung aller berechtigten Interessen verletztes Recht zur Verwirklichung zu bringen und die zu diesem Zweck nötigen **Rechtsgeschäfte** zu vollbringen. Er handle auf Antrag des betreffenden Gläubigers, aber nicht in dessen Auftrag. Demgegenüber müssen wir aber sagen, daß die Folgerung, der Richter, der eine öffentliche Aufgabe habe, könne nicht Vertreter der Partei sein, unrichtig ist. Das widerspricht sowohl der Auffassung der herrschenden Lehre über die Stellung des Gerichtsvollziehers als auch der eigenen Auffassung Dernburgs über das Verhältnis des Finders zum Verlierer. Dagegen könnte man zwar wieder einwenden, im Falle der Versteigerung des Fundes durch einen Richter handle es sich nicht um eine öffentliche Aufgabe. Und doch ist dem so, und es ist auch nicht von Belang, daß die rechtliche Regelung sich im B. G. B. befindet. Die öffentliche Aufgabe besteht in diesem Fall in der Wahrung der Interessen des unbekannten Verlierers. Wie es eine im B. G. B. geregelte öffentliche Aufgabe des Gerichtes ist, dem Mündel den Vormund, dem der Pflegschaft Bedürftigen den Pfleger zu bestellen, um deren Rechte zu wahren, so gehört es auch zum Ressort der Gerichte, für die in ihren Anstalten verlorenen Gegenstände zum Nutzen des Eigentümers zu sorgen.

Es fragt sich nun, nachdem sich die Möglichkeit ergeben, den Richter als Vertreter der Partei zu betrachten, welche Stellung er tatsächlich im Z. V. G. einnimmt. Da sei es gestattet, die obigen Bemerkungen Dernburgs über die Stellung des Richters weiter zu verfolgen. S. 677 a. a. O. sagt er: „Faßt man den Richter als Verkäufer auf, so übernimmt er doch keinesfalls private Vertragspflichten. Ansprüche wegen Verschuldung des Richters sind außervertragliche, den Bestimmungen des B. G. B. § 839 unterworfen, daher blos subsidiäre und der Verjährung von drei Jahren unterliegend." Wenn es Folgen der Vertretungstheorie wären, daß der

Richter private Vertragspflichten übernähme und aus dem Vertrage für seine Verschuldung hafte, dann thäte man besser, diese Theorie fallen zu lassen. Allein wenn Dernburg diese Folgerungen aus der Vertretungstheorie ableiten will, so vergißt er seine Ausführungen in Bd. I. § 162. Hier zählt er die Fälle auf, in welchen Kraft Gesetzes jemanden eine Vertretungsmacht zusteht, ohne daß er die besondere Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat, und knüpft daran die Bemerkung: „Da alle diese Personen **nicht** die Stellung eines gesetzlichen Vertreters haben, so ist der Vertretene für deren Verschulden nicht § 278 verantwortlich." Unter diesen Fällen wird auch der erwähnt, daß der Gerichtsvollzieher bei Vornahme der Zwangsvollstreckung zu der Empfangnahme einer Zalung des Schuldners durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung des verurteilenden Erkenntnisses kraft Gesetzes ermächtigt ist. C. P. O. §§ 754, 753.

Die Stellung, die hier dem Gerichtsvollzieher zugewiesen wird, nehmen wir auch für den Richter im Z. V. G. in Anspruch: der Richter ist kraft Gesetzes Vertreter, ohne daß er die besondere Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. Die Folge dieser Stellung ist aber die, daß er dann weder aus dem Vertrag für sein Verschulden haftet noch daß der Vertretene dafür nach § 278 B. G. B. verantwortlich ist.

Durch Erteilung des Zuschlags überträgt der Richter das Eigentum des Schuldners auf den Ersteher. Die Amtstheorie drückt dies in der Art aus, daß sie sagt (cf. Motive S. 118 f.), der Richter nimmt kraft obrigkeitlicher Machtvollkommenheit dem Schuldner das Eigentum und überträgt es auf den Meistbietenden. Abgesehen von allem andern, ist dies auch sprachlich unrichtig ausgedrückt: „Nimmt und überträgt", das erweckt die Anschauung, als handle es sich um zwei Rechtsakte: 1) Entsetzung des Eigentümers und darauf 2) Uebertragung an einen neuen Eigentümer. Dies entspricht aber nicht der Regelung im Z. V. G. Hier geht der Rechtsakt derart vor, daß durch den Zuschlag das Eigentum von dem Schuldner auf den Ersteher übertragen wird. Das ganze bildet nur **einen** Rechtsakt. Bis zum Momente des Zuschlags bleibt der Ersteher nicht nur Eigentümer, sondern regelmäßig auch Besitzer (§ 23, 24, 25 Z. V. G.), und von demselben Moment ab wird der Ersteher Eigentümer. Zum Begriff der Uebertragung gehören nun zwei Personen: derjenige, von welchem aus und derjenige, auf welchen übertragen wird. Wenn aber dem Schuldner das Eigentum schon genommen ist, kann es

nicht mehr von ihm aus auf den Ersteher übertragen werden. Es müßte also von einer andern Person, die, wenn auch nur einen Moment, den Besitz hätte, aus übertragen werden. Das ist aber nicht der Fall. Sprachlich richtig ausgedrückt muß also die Amtstheorie sagen: Der Richter überträgt durch eine und dieselbe Handlung, nämlich den Zuschlag, das Eigentum von dem Schuldner auf den Ersteher.

Wegnahme und Uebertragung bilden rechtlich und tatsächlich nur einen Akt. Dazu betrachte man noch, daß dem Schuldner bis zum Eigentumserwerb des Erstehers Eigentum und Besitz am Versteigerungsobjekt verbleibt, daß die Beschlagnahme (§ 23 Z. V. G.) nur die Wirkung eines relativen Veräußerungsverbotes hat, er daher über sein Eigentum auch noch verfügen kann, nur nicht mit Wirkung gegen die Beschlagnahmegläubiger, und man wird zu dem Schlusse kommen: Eine Uebertragung ist nur möglich, wenn entweder der Eigentümer selbst diese vornimmt, oder ein Dritter in der Weise, daß er sich dabei auf das Eigentumsrecht des Subhastaten stützt. Dies kann aber eine dritte Person nur dann, wenn sie den Eigentümer vertritt. Denn eine Uebertragung des Eigentums von einer Person auf die andere durch **einen** Rechtsakt ist nur dann möglich, wenn sie der Eigentümer entweder selbst vornimmt, oder wenn er in seinem Uebertragungswillen und Uebertragungshandeln durch einen Dritten ersetzt wird. In allen übrigen Fällen der Uebertragung des Eigentums des A auf B durch einen Dritten sind zwei von einander getrennte Rechtsakte erforderlich. In den meisten Fällen bildet die Erlangung des Besitzes, der tatsächlichen Gewalt durch den Uebertragenden den ersten, die Uebertragung selbst den zweiten Akt. Es bleibt also, da es in unserm Falle sich um Uebertragung des Eigentums des Subhastaten durch einen Dritten, den Richter, auf den Ersteher handelt, nichts andres übrig, als den Richter als Vertreter des Eigentümers in seinem Vertragungswillen und Uebertragungshandeln aufzufassen. Gleichgiltig ist es dabei, ob der Subhastat damit einverstanden ist oder nicht. Ein mangelnder oder gar entgegenstehender Wille darf hier keine Beachtung finden. Es entspricht dies ganz der Regelung des § 679 B. G. B., welcher beim Titel „Geschäftsführung ohne Auftrag" sagt, ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille komme nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt werden würde. Eine Pflicht des Subhastaten

aber, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, ist es, den Gläubiger zu befriedigen. Für die Fälle, in denen dies der Schuldner nicht thut, sei es, daß er es nicht will oder nicht kann, hat das Z. V. G. ein Organ geschaffen, das an dessen Stelle handelt. Die Schaffung eines eigenen Organs, dessen Befugnisse eigens gesetzlich festgelegt wurden, mußte die Folge der Häufigkeit dieser Fälle sein. Es sei der Amtstheorie zugegeben, daß der Staat kraft obrigkeitlicher Machtvollkommenheit sich das Recht reserviert hat, diesen „Geschäftsführer" zu bestellen. Daß er dabei einen Beamten aufstellt, ist aus der Organisation des staatlichen Geschäftsbetriebes erklärlich. In Bayern hat man den Notar, also keinen richterlichen Beamten, als Versteigerungsorgan aufgestellt. Stellt man diesen als Parteivertreter hin, so sieht dies auf den ersten Blick erklärlicher aus. Der Zweifel an der Vertreterstellung scheint hier zu schwinden, weil man eben kein richterliches Organ vor sich hat. Trotzdem kann zwischen der rechtlichen Stellung des Notars und des Richters im Zwangsversteigerungsverfahren kein Unterschied sein. Die Regelung ist hier im Grund genommen dieselbe wie in § 979 B. G. B.: Wer auch immer von der öffentlichen Behörde als Versteigerungsorgan aufgestellt wird, sei es Richter, Gerichtsvollzieher ꝛc., seine Eigenschaft als Beamter ist kein Hinderungsgrund für seine Vertreterstellung.

Anders wäre der Fall gelagert, wenn der Vorgang nach dem Z. V. G. der wäre, daß zunächst eine Enteignung des Subhastaten und darauf eine Uebertragung des Eigentums vom Staat auf den Ersteher stattfinden würde. Dann müßte man der Ansicht beistimmen, daß das Eigentum dem Subhastat sowohl kraft obrigkeitlicher Macht genommen, als auch kraft obrigkeitlicher Macht dem Ersteher übertragen wird.

Diese Betrachtungen des rechtlichen und tatsächlichen Vorgangs bei der Zwangsversteigerung führen uns schon dazu, das Versteigerungsorgan, das den Zuschlag erteilt, als Vertreter des Subhastaten zu betrachten.

Dieser Auffassung könnte man nun entgegen halten: Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet, d. h. in unserm Falle: Der Schuldner ist zwar im Stand das beschlagnahmte Grundstück zu veräußern, aber nicht mit Wirkung gegen die Beschlagnahmegläubiger. Der Richter aber, sein Vertreter, soll diese Macht besitzen? Das widerspricht anscheinend dem Charakter der Vertretung und ist

ein Beweis dafür, daß der Richter hier kraft einer aus seinem Amt entspringenden Machtbefugnis handelt! Denn wo sollte er sonst diese dem Subhastaten fehlende Machtbefugnis her haben? Doch auch dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Man vergleiche nur, wie die übrigen Fälle der Vertretung gelagert sind, z. B. bei der Vormundschaft. Dem geschäftsunfähigen Mündel fehlt die rechtliche Möglichkeit, über sein Eigentum zu verfügen. Gerade diesem Mangel abzuhelfen ist ihm der Vormund bestellt. Dieser macht die Rechte seines Mündels, die sich aus dessen Eigentum ergeben, aber von ihm nicht ausgeübt werden können, geltend. Das nämliche ist der Fall, wenn die Eltern als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder handeln. In allen Fällen der gesetzlichen Stellvertretung mit einigen Ausnahmen bei der Pflegschaft steht dem Vertreter die dem Vertretenen mangelnde Befugnis zu. Die Absicht des Gesetzes ist es ja, gerade diesem Mangel durch Bestellung eines Vertreters abzuhelfen. Anders ist es natürlich bei der gewillkürten Stellvertretung, d. h. der Vertretung, die auf dem Willen des Vertretenen, dessen Vollmacht beruht. (Dernburg, Bd. I S. 471.) Hier gilt der Satz: Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet, der Vertretene kann dem von ihm selbst durch Rechtsgeschäft aufgestellten Vertreter nicht mehr Machtbefugnisse verleihen als er selbst hat.

In unserm Falle handelt es sich nun nicht um einen Fall der gewillkürten Stellvertretung, andrerseits auch nicht um einen Fall der gesetzlichen Stellvertretung. Es liegt, wie oben ausgeführt, einer der von Dernburg angegebenen Fälle vor, in denen **kraft Gesetzes** jemandem eine Vertretungsmacht zusteht, ohne daß er die besondere Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. (Dernburg Bd. I S. 473. Rothenberg, a. a. O. S. 267.) Eine Betrachtung ergibt aber sofort, daß diese Fälle der gesetzlichen Stellvertretung ungleich näher stehen als der gewillkürten. Die Macht, die der Vertretene dem Vertreter durch Vollmacht nicht einräumen kann, kann ihm das Gesetz verleihen, und da die Stellvertretungsbefugnis des Versteigerungsorganes direkt auf dem Gesetz beruht, ergibt sich, daß es kein Beweis gegen die Vertretungstheorie ist, wenn dem Richter größere Macht zusteht als dem von ihm vertretenen Subhastaten. Aus diesen Gründen ist auch der Ausführung Rothenbergs vollständig beizupflichten, welche (a. a. O. S. 267) sagt: „Die mit der Anordnung der Zwangsversteigerung nach dem § 20 ff. R. G. eintretende Beschlagnahme des Grundstücks

entzieht dem Schuldner die Veräußerungsbefugnis. Da aber das Zwangsversteigerungsverfahren behufs Befriedigung des Gläubigers gerade auf die Veräußerung des Grundstücks abzielt, so **muss** der Schuldner einen Vertreter haben, der für ihn, der rechtlich an der Veräußerung (hier muß allerdings eingefügt werden: mit Wirkung gegen die Beschlagnahmegläubiger) behindert ist, das Veräußerungsgeschäft vornimmt, ähnlich, wie der Gemeinschuldner, dem mit der Konkurseröffnung die Verfügungsbefugnis über das Konkursvermögen genommen ist, durch den Konkursverwalter hinsichtlich der Konkursmasse vertreten wird." Dazu vergleiche man noch, daß Dernburg als Beispiel für die Fälle der Vertretungsmacht kraft Gesetzes, bei welchen der Vertreter nicht die besondere Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat, den Konkursverwalter anführt, der den Gemeinschuldner bezüglich der Konkursmasse vertritt.

Nun führt man noch gegen die Vertretungstheorie ins Feld, daß die Handlung, mit welcher der Versteigerungsbeamte den Zuschlag erteilt, die Form eines Beschlusses, also einer richterlichen Entscheidung habe, und daß dieser mit dem Rechtsmittel der Beschwerde angreifbar sei. Richterliche Entscheidung und Beschwerde dagegen als Rechtsmittel einerseits und Rechtsgeschäft andrerseits könnten nicht zusammen vereinbart werden. Es ist aber von Anfang an nicht bestritten worden, daß die Handlungen des Richters Amtshandlungen seien, sondern es ist nur behauptet worden, der Charakter als Amtshandlung sei vereinbar mit der Annahme, der Richter handle in Vertretung der Partei. Wir haben hiefür als Beispiel den Gerichtsvollzieher angezogen. Daß dieser seine Handlungen als Vertreter des Gläubigers nicht in „Beschlußform" zum Ausdruck bringen kann, ergibt sich eben daraus, daß ihm, selbst wenn man ihn als reine Amtsperson betrachtet, diese Möglichkeit nicht zu Gebote steht. Könnte er es, so würden seine in Beschlußform zu Tage tretenden Handlungen nichts destoweniger Vertreterhandlungen bleiben. So gibt es aber gegen seine Handlungen nur den Rechtsbehelf des § 766 C. P. O. Die Beschlußform weist nur darauf hin, daß der Staat einem richterlichen Organ die Stellung als Parteivertreter im Zwangsversteigerungsverfahren reserviert hat, und die Handlungen von Staatsorganen kommen dann natürlich in der für sie gewöhnlichen Form zum Ausdruck. Gerade so gut wie die Form des Zuschlages als Beschluß **gegen** die Vertreterstellung könnte man das ganze Verhalten des Richters im Ver-

fahren ausnützen: jede Entscheidung z. B., die der Richter trifft, spräche dagegen, weil sie eben immerhin eine „Entscheidung" ist.

Es sei hier wiederum auf Rothenberg verwiesen, der dies ausführlich (a. a. O. S. 268 ff.) behandelt, indem er Analogien aus der C. P. O. anführt für seine Behauptung, „der Beschluß, durch welchen der Zuschlag erteilt wird, habe neben seinem prozeßualischen Charakter einen materiell rechtlichen Inhalt, nämlich die für den Schuldner erklärte Annahme des Meistgebots und Uebertragung des Eigentums auf den Ersteher, beides rechtsgeschäftliche Erklärungen, die in einer prozeßualen Handlung, einer richterlichen Entscheidung ihren formellen Ausdruck fänden."

In Folgendem soll Stellung genommen werden zu der Frage: **Was für ein Rechtsgeschäft** bringt der Richter durch den Zuschlag zu stande, wenn man ihn als Vertreter des Subhastaten behandelt und der Zuschlagsbeschluß einen materiell rechtlichen Inhalt hat? Die Antwort kann nur die sein: durch den Zuschlag kommt ein in den Formen der Versteigerung sich bewegender Kaufvertrag zustande, analog dem Kauf, der in der freiwilligen Versteigerung enthalten ist. In der Litteratur sind die Gründe für und wider die Kauf- oder Vertragstheorie bereits so eingehend erwogen, daß sich schwer etwas Neues hinzufügen läßt. Trotzdem soll ein Versuch gemacht werden, aus dem Z. V. G. heraus Bestimmungen anzuführen, die ihrem Zweck und in ihrer dem Kauf des B. G. B. analogen Regelung dafür sprechen, daß die Zwangsversteigerung einen der freiwilligen Versteigerung ähnlichen Kaufvertrag in sich berge. Schwer wird es allerdings dabei sein, die Wiederholung in der Litteratur bereits längst erörterter Gründe für die Vertragstheorie zu vermeiden; ja es ist sogar geboten, diese Gründe, wenn auch in möglichster Kürze, anzuführen, um ihre Vollständigkeit und ihre Anzahl zur Wirkung zu bringen.

1) Der Kauf des B. G. B. bezweckt den Umsatz veräußerlicher Güter gegen Geld (Dernburg II. 2.) und ist ein zweiseitiger Vertrag. Die Zwangsversteigerung bezweckt ebenfalls den Umsatz von Gut gegen Geld: infolgedessen muß ihr naturnotwendig wie beim Kauf auch die Zweiseitigkeit innewohnen. Diese Konsequenz hat das Z. V. G. auch gar nicht zu umgehen vermocht, obwohl es auf das peinlichste bemüht war, zu vermeiden, durch seinen Wortlaut sie direkt zum Ausdruck zu bringen. Ist so diese Konsequenz auch nicht mit geraden Worten ausgesprochen, so läßt doch die ganze Struktur des Gesetzes

erkennen, daß die Forderung an den Ersteher auf Zahlung des baar zu berichtigenden Meistgebotes dem Schuldner bezw. demjenigen zusteht, welchem das Eigentum durch den Zuschlag genommen ist. Die Kommission II hat dazu ausgeführt: „Es bedarf auch keines Ausspruchs, daß der Subhastat Eigentümer des von dem Ersteher gezalten Geldes wird, und ein etwaiger Ueberschuß bei der Verteilung ihm herauszuzalen ist.“ Selbst die Gegner der Vertragstheorie können über diese Ausführungen, die sich mit der Struktur des Z. V. G. vollständig decken, nicht hinwegkommen: Jäkel, Dernburg, selbst Fischer-Schäfer erkennen diese Folgerung als richtig an. Jäkel hilft sich damit aus, daß er dies für eine mehr „theoretische“ Konstruktion erklärt, Dernburg und Fischer-Schäfer bezeichnen es als eine Fiktion. Beide Auffassungen, die „mehr theoretische“ Konstruktion und Fiktion laufen auf dasselbe hinaus. Mit Recht verweist hier Rothenberg (a. a. O. S. 272) auf die Ausführungen, die Fischer-Schäfer in der Einleitung ihrer Kommentarer zum Z. V. G. gegen die „Fiktion“ in der Rechtswissenschaft machen. Auf Grund dieser Ausführungen müssen wir auch dazu kommen, den Einwand, es handle sich hier um eine „Fiktion“, eine „mehr theoretische“ Konstruktion zurückzuweisen, um so mehr als diese Auffassung der Kommission in dem Wortlaut der §§ 118 und 128 Abs. 2 Z. V. G. Ausdruck gefunden hat. Der § 118 spricht von einer **Uebertragung** der Forderung gegen den Ersteher auf die Hebungsberechtigten durch Anordnung des Gerichts, soweit das Baargebot nicht berichtigt wird. Hinsichtlich der Folgerungen, die sich aus den beiden angezogenen §§ ergeben, sei hier nur auf Rothenberg (a. a. O. S. 270 ff) verwiesen. Aus ihnen ergibt, was auch von keiner Seite bestritten wird, daß die Forderung gegen den Ersteher auf Bezahlung dem Subhastaten zusteht: Motive, Kommission und die Gegner der Vertragstheorie erkennen dies an.

Die Zwangsversteigerung bezweckt den Umsatz von Gut gegen Geld. Infolgedessen entstehen auf beiden Seiten Ansprüche. Der Anspruch des Erstehers gegen den Subhastaten ist allerdings auf ein Minimum reduziert. Denn da das Eigentum mit dem Zuschlag als der Perfektion des Vertrages bereits übergeht und eine Gewährleistung sowohl für Sachmängel als auch für Mängel im Rechte durch § 56 Z. V. G. ausgeschlossen ist, sind Ansprüche insoweit gegen den Subhastaten nicht gegeben. Von Verpflichtungen des Subhastaten bleiben noch folgende: die Pflicht, dem Käufer über die den verkauften Gegen-

stand betreffenden rechtlichen Verhältnisse, über die Grenzen, Gerechtsame und Lasten des Grundstücks die nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise des Rechtes dienenden Urkunden, soweit sie in seinem Besitz sich befinden, auszuliefern. (§ 449 B. G. B.) Außerdem verbleibt die Verpflichtung des Subhastaten zur Uebergabe des Grundstücks. Da nach § 23, 24 Z. V. G. dem Schuldner das Recht der Verwaltung und Benutzung des Grundstücks innerhalb der Grenzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft verbleibt, die Beschlagnahme auch nur die Wirkung eines Veräußerungsverbotes hat, der Subhastat also im Besitze des Grundstücks bleibt, so ergibt sich, daß der Subhastat verpflichtet ist, das versteigerte Grundstück zu übergeben. Man wird ihn außerdem noch für verpflichtet zur Obhut über den Subhastationsgegenstand bis zur Uebergabe halten müssen. (cf. Dernburg II. S. 37.) Damit sind die Verpflichtungen des Subhastaten gegen den Ersteher erschöpft. Wenn sie auch etwas kärglich bemessen sind, es bleiben immerhin Ansprüche des Erstehers gegen den Subhastaten.

Betrachten wir jetzt die Verpflichtung des Erstehers gegenüber dem Subhastaten und den damit korrespondierenden Anspruch des Subhastaten gegen den Ersteher. Da haben wir oben gesehen, daß der Schuldner einen Anspruch auf Berichtigung des Baargebotes gegen den Ersteher hat. Nach Dernburg (II. S. 1) entstehen Ansprüche unabhängig vom Parteiwillen aus unerlaubten Handlungen und ungerechtfertigter Bereicherung. Die beiden letztern Gründe liegen bei der Entstehung des Anspruchs des Subhastaten gegen den Ersteher offensichtlich nicht vor; als einziger Entstehungsgrund verbleibt demnach nur noch der Parteiwille. Mit der Vertragstheorie würde diese Auffassung sehr gut harmonieren. Anders dagegen mit der Amtstheorie: diese schließt ja jeden Parteiwillen aus. Es bleibt ihr daher nichts anderes übrig als einen vierten Grund anzuführen, aus dem Ansprüche erwachsen können. Denn mit der Annahme, dieser Anspruch beruhe auf einer Fiktion, einer theoretischen Konstruktion des Gesetzes ist nichts geholfen. Wenn man den Richter schon nicht als Vertreter des Subhastaten auffassen will, der mit dem Zuschlag diesem die Forderung erwirbt, so wäre es konsequent gewesen, wenn man den Forderungserwerb des Schuldners auf dieselbe Quelle zurückgeführt hätte wie den Eigentumserwerb des Erstehers: auf die staatliche Machtvollkommenheit. Das hat man aber nicht getan, denn es hätte sich dann folgendes eigentümliche Bild geboten: Auf der einen Seite

wird dem Schuldner sein Eigentum genommen. „Dafür“ erwirbt er eine Forderung. Dieser Anspruch steht ihm aber nicht deshalb zu, weil er sein Eigentum verloren, sondern nur, weil der Richter auf Grund seiner staatlichen Machtvollkommenheit durch den Zuschlag den bisherigen Eigentümer zum Gläubiger des Erstehers macht. Der Forderungserwerb wäre damit vollständig losgelöst von der Tatsache, daß die Forderung die Entschädigung für den Eigentumsverlust bildet. Auf der andern Seite erwirbt der Ersteher das Eigentum ebenfalls nur deshalb, weil der Richter ihm auf Grund seiner staatlichen Machtvollkommenheit das Grundstück zuschlägt. Zwischen beiden „Rechtserwerben“ beständen dann keine rechtlichen Beziehungen: sie wären von einander vollständig getrennt und hätten nur das Gemeinsame, daß ihre Entstehung ein Ausfluß staatlicher Macht sei. Das Unwahrscheinliche einer solchen Konstruktion liegt offen auf der Hand; die Amtstheorie gibt daher lieber Rechtsbeziehungen, wenn auch nur fingierte oder theoretische, zwischen beiden zu. Bei dem Eigentumserwerb des Erstehers dagegen ging die Amtstheorie von dem Standpunkt aus, daß zwischen Subhastaten und Ersteher keinerlei Rechtsbeziehungen beständen. Wir wollen jetzt davon absehen, ob das richtig war: Die Uebergabeverpflichtung des Subhastaten, seine Verpflichtung zur Auskunft und Obhut sollen insoweit nicht in Betracht kommen. Da hat man dann anscheinend mit Recht erklärt: Rechtsbeziehungen zwischen Ersteher und Subhastaten infolge des Eigentumswechsels sind ausgeschlossen, da der Eigentumserwerb nur auf dem Zuschlag als dem Ausdruck richterlicher Machtvollkommenheit beruht. Dabei vergaß man jedoch die andre Seite: daß nach dem klaren Sinn und Wortlaut des Gesetzes zwischen Subhastat und Ersteher ein obligatorisches Schuldverhältnis mindestens insoweit besteht, als hiebei ein Anspruch des Subhastaten gegen den Ersteher in Betracht kommt. Damit aber sind beide in Rechtsbeziehungen zu einander getreten: der Richter hat nicht mehr die Stellung als ein staatliches Organ, das **über** den Parteien steht; er steht vielmehr als staatliches Organ **zwischen** den Parteien, die durch ihn in rechtliche Beziehungen zusammen treten.

Ueberblicken wir nochmals das Gesagte: Der Kauf bezweckt den Umsatz von Gut gegen Geld, die Zwangsversteigerung ebenfalls. Der Kauf ist ein Vertrag, der auf beiden Seiten Verpflichtungen erzeugt, die Zwangsversteigerung hat ebenfalls diese Wirkung. Von Verpflichtungen des Käufers ist für den Begriff des Kaufes wesentlich

nur die Zalung des Kaufpreises § 433 Abs. 2 B. G. B. Die Verpflichtung zur Abnahme ist nicht wesentlich. (Dernburg II. S. 30.) Die einzige wesentliche Verpflichtung des Käufers aber hat das Z. V. G. übernommen und zwar ausdrücklich. Von den Verpflichtungen des Verkäufers, die ebenfalls vorhanden sind, hat das Z. V. G. dem gewöhnlichen Kauf des B. G. B. gegenüber allerdings Ausnahmebestimmungen getroffen, die aber an dem Vertragscharakter nichts ändern können.

2) § 53 Z. V. G. sagt: Haftet bei einer Hypothek, die bestehen bleibt, der Schuldner zugleich persönlich, so übernimmt der Ersteher die Schuld in Höhe der Hypothek; die Vorschriften des § 416 B. G. B. finden mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß als Veräußerer im Sinne dieser Vorschriften der Schuldner anzusehen ist." Der § 53 l. c. spricht also nur von dem § 416 B. G. B. Argumento e contrario müßte eigentlich daraus geschlossen werden, daß die §§ 417, 418 B. G. B., die ebenfalls die Schuldübernahme durch den Erwerber des Grundstücks betreffen, im Zwangsversteigerungsverfahren nicht zur Anwendung kommen können. Andrerseits ist aber ohne diese §§ der § 416 B. G. B. nicht vollständig, und es würde empfindliche Lücken zur Folge haben, wenn man dem starren Wortlaut des Gesetzes folgend einzig den § 416 B. G. B. anwenden wollte. Die Motive wollen diese Folgerung anscheinend nicht gezogen wissen, wenn sie sagen: „Die Beteiligten sollen kraft Gesetzes in die Rechtslage versetzt werden, welche sich im Falle eines Kaufvertrags ergibt, wenn der Käufer in Anrechnung auf den Preis eine Schuld des Veräußerers übernimmt." Auch alle Kommentare und Lehrbücher des Z. V. G. wenden als ganz selbstverständlich und ohne weitere Begründung die §§ 417, 418 B. G. B. an. (So thut sich z. B. Reinhard (§ 53) leicht, wenn er sagt: „Entsprechende Anwendung der Schuldübernahme des B. G. B. ist eben gesetzliche Versteigerungsbedingung; doch gibt dies der Schuldübernahme des § 53 Z. V. G. noch nicht den Charakter eines Schuldübernahmevertrags.") Eine Berechtigung dazu aber kann man nur zugestehen, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, die Zwangsversteigerung stelle einen Kauf dar: Dann ist es auch selbstverständlich, daß die Regeln, die für den gewöhnlichen Kauf eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks gelten, für den speziellen Fall des Kaufes im Zwangsversteigerungswege analog zur Anwendung kommen. Der zweite Halbsatz des § 53 Z. V. G. hat dann

eben den Sinn, daß er eine Erläuterung des außer den andern §§ über die Schuldübernahme ebenfalls zur Anwendung kommenden § 416 B. G. B. gibt. Zwischen beiden Halbsätzen des ersten Absatzes des § 53 Z. V. G. schiebe man den aus der rechtlichen Natur der Zwangsversteigerung logisch sich ergebenden, daher als selbstverständlich und überflüssig weggelassenen Satz: „Die Vorschriften des 5. Abschnittes des 2. Buches des B. G. B. über die Schuldübernahme finden entsprechende Anwendung“ ein. Die oben angeführte Argumentation e contrario ist dann ebenfalls hinfällig, da ja die ausdrückliche Vorschrift, der § 416 B. G. B. finde mit der Maßnahme Anwendung, daß als Veräußerer der Schuldner anzusehen sei, eben nur eine erklärende Vorschrift zu dem weggelassenen Satz bildet.

Der § 53 Z. V. G. spricht in seiner knappen Fassung gerade für die Vertragstheorie und die Art, in welcher ihn alle Kommentare, auch die Gegner der Vertragstheorie auslegen, indem sie ohne weiteres §§ 417, 418 B. G. B. anwenden, zeugt dafür, daß man den oben angeführten, als überflüssig in § 53 Z. V. G. weggelassenen Satz allgemein gelten läßt.

Dieser weggelassene Satz schreibt eine Reihe wichtiger Bestimmungen, die für Verträge des B. G. B. gelten, für den Zwangsversteigerungskauf zur Anwendung vor. Mit Recht betont Rothenberg (a. a. O. S. 275), daß man in diesen Einzelvorschriften die Betätigung des allgemeinen Vertragscharakters des Zuschlags erblicken müsse, und mit Recht machen alle Anhänger der Vertragstheorie bei diesem § darauf aufmerksam, daß das Gesetz hier den Schuldner geradezu als Veräußerer bezeichne.

Diese Vorschriften, welche für die Schuldübernahme im Z. V. G. Geltung haben sollen, beweisen jedoch nicht nur, daß ein Kaufvertrag vorliegt, sie beweisen auch, daß mit dem Zuschlag ein wirklicher Schuldübernahmevertrag zwischen Schuldner und Ersteher zu Stande kommt. Kaufvertrag und Schuldübernahmevertrag hängen aber auch unter sich zusammen: der eine ist ohne den andern nicht möglich. Das fühlen die Gegner der Vertragstheorie und deshalb leugnen sie den Charakter der Schuldübernahme im Zwangsversteigerungsverfahren als den eines Vertrags. Reinhard (S. 273) spricht von einem fingierten Schuldübernahmevertrag (über den Wert der Fiktion in der Rechtswissenschaft cf. oben die Verweisung auf Fischer-Schäfer!) und bezeichnet es als „nur gesetzliche Versteigerungsbedingung, daß der

Ersteher sich im Verhältnis zum Schuldner, der für eine bestehen bleibende Hypothek persönlich haftet, so behandeln zu lassen habe als habe er einen Vertrag abgeschlossen." Gewiß, es soll hier nicht bestritten werden, daß es zu den Versteigerungsbedingungen gehört, wenn der Ersteher die persönliche Schuld des Subhastaten in Höhe der Hypothek übernimmt und für diese Uebernahme die Bestimmungen des B. G. B. über die Schuldübernahme Geltung haben. Allein der Charakter als Versteigerungsbedingung spricht nicht gegen die Theorie, es liege hier ein wirklicher Schuldübernahmevertrag vor. Der Charakter als Versteigerungsbedingung gibt im Gegenteil erst recht Anlaß, von einem wirklichen Vertrag zu sprechen. Nach Reinhards (S. 515) eigener Definition sind Versteigerungsbedingungen Bestimmungen, nach denen sich das Rechtsverhältnis des Beteiligten und des Erstehers regelt. § 59 Z. V. G. bestimmt nun, daß jeder Beteiligte eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Feststellung der Versteigerungsbedingungen verlangen kann. An dieses Recht eines jeden Beteiligten knüpft derselbe § noch die Einschränkung, daß, falls durch die Abweichung das Recht eines andern beeinträchtigt wird, dessen Zustimmung erforderlich ist. Da die Schuldübernahme nach § 53 l. c. eine Versteigerungsbedingung ist, ist sie natürtich auch der Modifikation nach § 59 l. c. unterworfen.

Dabei ist noch zu überlegen, daß die Schuldübernahme nur im Interesse des Schuldners angeordnet ist. Die Denkschrift S. 47 sagt hierüber: „Haftet bei einer Hypothek, die bestehen bleibt, der Schuldner zugleich persönlich, so ist es ein Gebot der Billigkeit, daß der Ersteher diese Schuld in Höhe der Hypothek übernimmt, wie solches bei Kaufverträgen über Grundstücke üblich ist." Jäkel § 53 Anm. 1 sagt hiezu: „Die Vorschrift bezeckt den Schutz des Schuldners. Ihm soll die Möglichkeit gegeben sein, aus der persönlichen Verbindlichkeit, wofern eine solche besteht, in Ansehung derjenigen Hypotheken, Grund- und Rentenschulden herauszukommen, welche bestehen bleiben. Diese Möglichkeit zu gewähren und dafür den Ersteher in die persönliche Verbindlichkeit eintreten zu lassen, ist eine Forderung der Billigkeit. Dem Gläubiger wird damit nicht zu nahe getreten, weil ihm das Gesetz die Wahl läßt, ob er den bisherigen Schuldner behalten oder den Ersteher als solchen annehmen will."

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß dem Gläubiger kein

Recht zusteht, die Uebernahme der Schuld zu verlangen. Diese Folgerung läßt sich auch schon daraus ziehen, daß der Gläubiger seine Genehmigung der Schuldübernahme bezw. deren Verweigerung nur dann aussprechen kann, wenn ihm der Subhastat Mitteilung von der Schuldübernahme macht. Auf Verlangen des Erstehers hat er allerdings diese Mitteilung zu machen. Diese Bestimmung ist deshalb getroffen, damit der Ersteher Gewißheit darüber erlangt, ob er auch dem Gläubiger gegenüber für die Hypothekenschuld persönlich haftet. Sind Subhastat und Ersteher einig darüber, daß sie dem Gläubiger keine Mitteilung machen wollen, so kann der Uebernahmevertrag keine Wirkung für den Gläubiger bekommen. Aus all dem ergibt sich, daß der Gläubiger nicht in seinem Recht beeinträchtigt wird, wenn die Schuldübernahme durch eine Versteigerungsbedingung überhaupt ausgeschlossen wird. Seine zu einer solchen Ausschließung nach § 59 Z. V. G. etwa erforderliche Zustimmung ist daher unnötig.

Der Gläubiger, dessen Hypothek bestehen bleibt, ist aber auch zugleich der einzige Beteiligte, bei dem man sich besinnen konnte, ob nicht etwa seine Zustimmung zu der Ausschließung der Schuldübernahme nach § 59 l. c. erforderlich wäre. Bei allen andern Beteiligten fallen diese Zweifel sofort weg: für sie ist es ja nur von Vorteil, wenn die Schuldübernahme ausgeschlossen wird. Denn wenn der Ersteher blos die hypothekarische Schuld zu übernehmen braucht, wird er damit von einer lästigen Verpflichtung befreit, und wird, zumal wenn der Subhastat noch sonstiges Vermögen besitzt, ein höheres Gebot abgeben können als wenn er auch gleichzeitig die persönliche Schuld mitübernehmen muß. Es wird ja im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch den verpflichteten Subhastaten das erstandene Grundstück von der Hypothek befreit, und selbst für den Fall, daß er aus der Hypothek haftbar gemacht wird, kann er im Regreßweg sich an den Subhastaten halten.

Es läßt sich somit kein Fall denken, daß ein Beteiligter in seinem Recht beeinträchtigt und demgemäß ein Widerspruchsrecht nach § 59 Z. V. G. hätte, falls es dem Subhastaten einfallen sollte, als Versteigerungsbedingung festgesetzt wissen zu wollen, daß eine Uebernahme seiner **persönlichen** Schuld durch den Ersteher nicht stattfinde.

Der Schuldner hat es also tatsächlich in seiner Gewalt, die Versteigerungsbedingungen soweit sie die Uebernahme der persönlichen

Schuld betreffen, zu regeln. Läßt er die regelmäßige gesetzliche Versteigerungsbedingung bestehen oder ändert er sie dahin ab, daß keine Schuldübernahme stattfinden solle, so trifft er damit nur die Bestimmungen, nach welchen sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Ersteher, ihm selbst und eventuell auch dem Gläubiger gestatten soll, genau so wie bei der gewöhnlichen Vertragsschuldübernahme der §§ 415 ff. B. G. B.

Aus dieser Möglichkeit muß die Folgerung gezogen werden, daß es sich um keinen fingierten Schuldübernahmevertrag handelt (eine Behauptung, die gleichbedeutend ist mit der Aufstellung, es sei überhaupt kein Schuldübernahmevertrag zwischen Schuldner und Ersteher möglich), sondern daß **der Subhastat durch den Richter als seinen Vertreter mit dem Ersteher einen Schuldübernahmevertrag schliesst.** Insoweit ist der zuschlagende Richter als Vertreter zu betrachten, der den ausdrücklichen Willen des von ihm Vertretenen zum Ausdruck bringt, im Gegensatz zu seiner Stellung als Vertreter beim Zustandebringen des Hauptvertrages, des Kaufes, bei welchem er den Willen des von ihm Vertretenen ersetzt.

Ich sagte, der Richter handle nach dem ausdrücklichen Willen des Subhastaten. Denn verlangt dieser keine Abänderung der Versteigerungsbedingung des § 53 Z. V. G., so gibt er damit dem Versteigerungsbeamten zu erkennen, er möge dem Meistbietenden das Grundstück unter der Bedingung des § 53 l. c. zuschlagen. Verlangt er aber die Ausschließung der Schuldübernahme durch Versteigerungsbedingung nach § 59, so kann der Richter nur unter dieser Bedingung zuschlagen. Der jeweilige Ersteher kennt diese Versteigerungsbedingungen und mit Abgabe des Gebotes erklärt er sein Einverständnis dahin, daß er die Schuld mitübernehme oder nicht. Der Richter aber, der den Zuschlag erteilt, bringt für den Subhastaten damit je nach der Versteigerungsbedingung den Schuldübernahmevertrag zustande oder schließt ihn aus.

Unter diesen Verhältnissen kann man nicht mehr von einem fingierten Schuldübernahmevertrag sprechen, sondern man muß aus der Konstruktion des Gesetzes folgern, daß ein wirklicher Schuldübernahmevertrag vorliegt. Ein Ausfluß derartiger Auffassung kommt auch in einem Urteil des R. G. von 1904 (cf. J. W. XXXIII. S. 551) zum Ausdruck. Hier heißt es: Eine andere Frage ist es, ob die Beteiligten, d. h. hier der Erwerber und der Schuldner, rechtlich in der Lage sind, (nachdem das Grundstück zugeschlagen ist mit der Be-

stimmung des § 53 Z. V. G.) entweder vertragsmäßig die Anwendbarkeit des § 416 B. G. B. überhaupt auszuschließen und die Uebernahme der Hypothekenschuld einfach nach § 415 B. G. B. zu ordnen. (cf. Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts Bd. I. § 132 unter 3c., Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II 1. Hälfte § 204 S. 362. Schollmeyer, Kommentar zum B. G. B. von Hölder, zu § 416 Anm. 4. Oberneck, das Reichsgrundbuchrecht. S. 599 unter I.) Dem wäre noch von unserm Standpunkt aus hinzuzufügen, daß die Uebernahme der Hypothekenschuld nach Maßgabe des § 415 auch schon vorher auf Verlangen des Subhastaten nach § 39 Z. V. G. als Versteigerungsbedingung festgesetzt werden muß.

Wenn es nun nicht zweifelhaft sein kann, daß im Zwangsversteigerungsverfahren zwischen Schuldner und Ersteher ein wirklicher Schuldübernahmevertrag zu stande kommt, so hat dies, wie schon oben hervorgehoben, auch wichtige Konsequenzen für unsere strittige Hauptfrage. Von vorneherein ergibt sich daraus die Bestätigung der von uns bereits früher gezogenen Folgerung, daß es mit dem Gesetz wohl vereinbar ist, den Richter in seinen Amtshandlungen zugleich als Vertreter der Partei zu betrachten. Des weitern aber ergibt sich notwendig die Konsequenz, daß mit dem Zuschlag auch ein Kaufvertrag zum Abschluß gebracht wird. Denn der Uebernahmevertrag hat accessorischen Charakter. Er kann laut ausdrücklicher Bestimmung des § 416 B. G. B. nur geschlossen werden zwischen den beiden Parteien, welche den Hauptvertrag bezüglich Veräußerung des Grundstücks, das mit der Hypothek belastet ist, geschlossen haben. Dieser Hauptvertrag braucht nun nicht gerade ein Kaufvertrag zu sein, es kann auch eine Schenkung oder ein Auszugsvertrag sein. Zum mindesten aber muß die Veräußerung auf einem Rechtsgeschäft beruhen. (cf. auch Dernburg II. S. 364). Ich kann mir wenigstens nicht vorstellen, daß der Uebernahmevertrag in accessorischem Verhältnis nicht zu einem Rechtsgeschäft, sondern zu einem rein staatlichen Akt stehen könnte, der unabhängig vom Willen der beiden Parteien ist.

Aus der accessorischen Natur des Schuldübernahmevertrags, der im Zwangsversteigerungsverfahren zwischen Ersteher und Schuldner abgeschlossen wird, folgt somit, daß das Hauptgeschäft ebenfalls rechtsgeschäftlichen Charakters trägt, daß also zwischen denselben Parteien ein wirklicher Kaufvertrag zu stande kommt. Ohne diese Annahme

ist eine Anwendung des § 416 B. G. B. im Zwangsversteigerungsverfahren unmöglich.

3) Ist das Grundstück einem Mieter oder Pächter überlassen, so finden die Vorschriften der §§ 571, 572, des § 573 Satz 1 und der §§ 574 B. G. B. entsprechende Anwendung. Der Ersteher ist jedoch berechtigt, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn sie nicht für den ersten Termin erfolgt, für den sie zulässig ist. § 57 Z. V. G.

Der Satz des B. G. B.: „Kauf bricht nicht Miete" hat also auch im Z. V. G. eine, wenn auch etwas eingeschränktere, Geltung gewonnen. Wie in all den andern im Z. V. G. für anwendbar erklärten Vorschriften des B. G. B., so hat man auch bei diesem wichtigen Grundsatz nicht umhin gekonnt, dem Subhastaten die rechtliche Stellung des Veräußerers einzuräumen. Dies sieht man aus der ganzen Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. Der Entwurf I zum B. G. B. hatte den Grundsatz aufgestellt „Kauf bricht Miete", jedoch mit der Modifikation, daß bei Vermietung einer unbeweglichen Sache der Mieter nur nach einer von dem Erwerber an ihn gerichteten Aufforderung und nach Ablauf einer von dieser Aufforderung an laufenden, näher bezeichneten Frist zur Räumung verpflichtet, bis dahin aber der Erwerber verbunden ist, den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache durch den Mieter, sowie die Vornahme der gegenüber dem Mieter dem Vermieter obliegenden Handlungen zu gestatten. (Mot. zu B. G. B. E. I. §§ 509 bis 511 Bd. II. S. 383.) Die Uebertragung dieser Bestimmung in den E. I. zum Z. V. G. stimmte ganz mit dem Grund und den Zwecken, die die Zwangsversteigerung verfolgt und lag auch in Uebereinstimmung mit den andern Vorschriften des Z. V. G., die, wie z. B. die Versagung des Gewährleistungsanspruches, die Absicht verfolgen, einen möglichst hohen Preis für das Grundstück zu erzielen und auch eine möglichst große Konkurrenz von Kauflustigen herbeizuführen.

Entwurf II und ihm folgend B. G. B. § 571 haben sich aber im Gegensatz zum Entwurf I auf den Standpunkt gestellt, daß „Kauf nicht Miete bricht." Die vollständige Uebertragung dieses ins B. G. B. aufgenommenen Grundsatzes in das Z. V. G. widersprach aber zu sehr dem Grunde und Zweck des Zwangsversteigerungsverfahrens. Andrerseits lag die Beibehaltung des im Anschluß an E. I zum B.

G. B. im E. I zum Z. V. G. verfochtenen Grundsatzes „Kauf bricht Miete" vollständig in Uebereinstimmung mit den Zwecken und dem Grunde der Zwangsversteigerung. Trotzdem hat man sich nicht entschließen können, diesen letztern Weg einzuschlagen. Man ist von den Vorschriften, die das B. G. B. über den Kauf getroffen, auch im Z. V. G. ausgegangen, und hat dem Ersteher dieselbe Stellung gegeben wie im B. G. B. „Die Versteigerung des Grundstücks bewirkt nun ebensowenig wie die freiwillige Veräußerung durch den Schuldner, daß der Miet- und Pachtvertrag, durch den das Grundstück einem Dritten überlassen wurde, aufgelöst und der Mieter oder Pächter auf seine obligatorischen Ansprüche gegen seinen Vertragsgegner angewiesen wird." (v. d. Pfordten § 57 Anm. 1.) Den Zweck, der im E. I. Z. V. G. zum Ausdruck kam, hat man einigermaßen dadurch zu erreichen gesucht, daß man dem Ersteher das Recht der Kündigung mit gesetzlicher Frist für den ersten zulässigen Termin einräumte. Der Grundsatz aber, daß Kauf nicht Miete bricht, ist auch im Z. V. G. beibehalten und bietet so einen weitern Beweis dafür, daß man in der Zwangsversteigerung einen Kaufvertrag zu erblicken hat.

4) Die Vorschriften des § 57 Z. V. G., welche den Fall behandeln, daß das zwangsweise versteigerte Grundstück einem Mieter oder Pächter überlassen ist, bieten in der rechtlichen Behandlung, die ihnen von Seiten der gegnerischen Kommentare wird, einen weitern Beweis für die Richtigkeit unserer Theorie.

Das Kündigungsrecht des Erstehers kann durch eine abweichende Regelung der Versteigerungsbedingungen geändert, auch ausgeschlossen werden. Kretzschmar führt S. 114 dazu aus: „Zu diesem Zwecke ist dem Mieter und Pächter die Eigenschaft eines Beteiligten beigelegt, so daß er auf Anmelden zu dem Verfahren zuzuziehen ist und im Versteigerungstermin einen entsprechenden Antrag stellen kann. Ebenso ist zu dem Antrag auch der Schuldner befugt, der ein Interesse an der Ausschließung der Kündigungsbefugnis hat, weil er dem Mieter oder Pächter im Falle der vorzeitigen Kündigung des mit ihm geschlossenen Vertrags schadensersatzpflichtig ist. Der Mieter oder Pächter erlangt durch die Versteigerung des Grundstücks kein Recht zur Aufhebung des Vertrags, er müßte es sich denn vertragsmäßig ausbedungen haben; für den Schaden, der ihm durch die vorzeitige Kündigung des Vertrags seitens des Erstehers erwächst, haftet ihm sein Vertragsgenosse."

Reinhard (S. 311) zieht ebenfalls diese Konsequenzen, wenn er sagt: „Wenn der Mieter in Folge der Kündigung des Erstehers das Grundstück oder die Wohnung vorzeitig räumen muß, so hat der Vermieter, dessen Grundstück zur Zwangsversteigerung gelangt, die sich hieraus ergebende Erfüllungsunmöglichkeit zu vertreten. Deshalb hat der Mieter gegen ihn in der Regel Anspruch auf Ersatz seines Interesses; immerhin lassen sich Fälle denken, wo der Ersatzanspruch zu versagen ist z. B. wenn mit Kenntnis von anhängigen Zwangsversteigerungsverfahren gemietet wird."

Es fragt sich nun: Ist dieser Schadensersatzanspruch gegenüber dem Subhastaten in Wirklichkeit durch das Z. V. G. festgestellt? Wenn keiner der Beteiligten den Antrag stellt, das Kündigungsrecht des Erstehers auszuschließen, oder wenn ein solcher Antrag zwar gestellt, aber abgelehnt wird, da ein Beteiligter seine nach § 59 Z. V. G. nötige Zustimmung nicht gegeben, so ist der Ersteher berechtigt, dem Mieter unter Einhaltung der gesetzlichen Frist für den ersten zulässigen Termin zu kündigen. Macht der Ersteher von diesem ihm ausdrücklich zugesprochenen Rechte Gebrauch, so verstößt er dadurch auf keinen Fall gegen die Verpflichtungen des § 571 B. G. B. Die Schadensersatzpflicht des § 571 B. G. B. beruht auf dem Gedanken, daß der erste Vermieter durch seinen freihändigen Verkauf eigentlich doch die Schuld daran trage, wenn der Ersteher den Vermieterverpflichtungen nicht nachkommt, daß mithin der erste Vermieter die Verantwortung zu tragen habe, wenn der zweite den Vertrag und die aus diesem entspringenden Verpflichtungen nicht erfülle. Indem nun § 57 Z. V. G. das Recht der gesetzlichen Kündigung gewährt, streicht es damit aus den Verpflichtungen des § 571 B. G. B. die, welche gebietet, dem Mieter das Mietobjekt weiter zu belassen. Infolgedessen kann aus § 571 B. G. B. auch keine Schadensersatzpflicht des Subhastaten gefolgert werden. Trotzdem stellen Kretzschmar und Reinhard ganz allgemein eine Schadensersatzverpflichtung für diesen Fall fest. Auch v. d. Pfordten S. 159 ist dieser Ansicht, weil der Vertrag des Subhastaten mit dem Mieter nicht aufgehoben sei.

Auf welche Vorschrift aber kann eine solche Schadensersatzpflicht gestützt werden? Nachdem sie im Z. V. G. keinen Ausdruck gefunden, müssen wir, um eine Schadensersatzverpflichtung konstruieren zu können, auf den § 325 B. G. B. zurückgreifen. Dieser § läßt sich aber nur dann anwenden, wenn die aus einem gegenseitigen Vertrag

dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich wird. Man muß demnach in der Zwangsversteigerung einen Umstand erblicken, den der Schuldner zu vertreten hat. Betrachtet man aber die Zwangsversteigerung als einen rein staatlichen Akt, unabhängig von dem Willen des Subhastaten, so wird man in vielen Fällen zu einer Schadensersatzpflicht des letztern nicht kommen. Anders wenn man in der Zwangsversteigerung einen privatrechtlichen Kauf erblickt, der für den Schuldner vom Richter abgeschlossen wird. Dann liegt eben ein Verkauf von Seiten des Schuldners vor und es ist selbstverständlich, daß dies ein von ihm zu vertretender Umstand ist. Die oben citierten Schriftsteller, obwohl Gegner der Vertragstheorie, geben somit in der rechtlichen Behandlung der Schadensersatzfrage ihre Stimme für unsre Theorie. Nur Jäkel handelt von seinem Standpunkt aus ganz konsequent, wenn er eine Schadensersatzpflicht nur dann gegeben wissen will, wenn der Subhastat die Schuld daran trägt, daß das Grundstück überhaupt zur Zwangsversteigerung gekommen ist.

5) „Der Gedanke, daß das Gebot ein Vertragsantrag, eine Kaufofferte sei (Günther, Wolff Bem. 1 zu § 72, Schöller S. 15), ist abzulehnen. Er ist ein Ausfluß der Konstruktion der Zwangsversteigerung als eines privatrechtlichen Kaufvertrags." Reinhard, Bem. 1 zu § 72. Trotzdem sei hier noch ein Versuch gemacht, nachzuweisen, daß die §§ des Z. V. G. für die Annahme sprechen, es liege hier in Wirklichkeit ein Vertragsantrag vor. § 156 B. G. B. sagt, ein Gebot erlösche, wenn ein Uebergebot abgegeben wird. Damit wird ein von den allgemeinen Lehren über Verträge exceptioneller Grundsatz aufgestellt. Nach § 146 B. G. B. erlischt ein Antrag zur Schließung eines Vertrags, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt wird. Der in diesem § enthaltene **allgemeine** Grundsatz, nicht die Regel des § 156 B. G. B. kommt im Z. V. G. zum Ausdruck. Der § 72 Z. V. G. bestimmt nämlich, daß das Gebot erlischt, wenn ein Uebergebot abgegeben und zugelassen wird. Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt nicht sowohl in der Abgabe als vielmehr in der **Zulassung** eines Uebergebots. Denn die bloße Abgabe eines Uebergebotes genügt, im Gegensatz zu der Bestimmung des § 156 B. G. B., im Z. V. G. nicht, um das vorhergegangene Gebot zum Erlöschen zu bringen: Es muß das Gebot zugelassen werden. Selbst für den Fall, daß ein unwirksames Gebot — ein solches ist zwar

nach § 71 Z. V. G. zurückzuweisen, aber die Möglichkeit, daß dies nicht geschieht, ist doch vorhanden — abgegeben und nur zugelassen wird, erlischt das vorhergehende Gebot. Diese Zulassung — und ein Uebergebot gilt als zugelassen, wenn es nicht sofort zurückgewiesen wird — bedeutet somit auch die ausdrückliche Ablehnung des im vorhergehenden Gebote liegenden Vertragsantrags, gemäß der Regelung des § 146 B. G. B. Der Zuschlag auf das Gebot aber bedeutet die Annahme des Vertrages und damit den Vertragsabschluß.

So kommt die Natur als Vertragsantrag darin zum Ausdruck, daß der Bietende erst von dem Moment an nicht mehr an sein Gebot gebunden ist, wenn dieses ausdrücklich abgelehnt ist.

Zum Schluß sei es, der Vollständigkeit halber, gestattet, noch auf die Argumente hinzuweisen, die die beiden Hauptvertreter der auch von mir verfochtenen Theorie anführen. Wolff Anm. 1 zu § 90 weist darauf hin, daß der § 456 B. G. B. ausdrücklich von dem **Verkauf** im Wege der Zwangsvollstreckung spricht, daß der § 512 das Vorkaufsrecht ausschließt, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, obgleich eine solche Ausschließung unnötig wäre, wenn durch die Zwangsversteigerung nicht ein Verkauf entstände. Ferner weist er darauf hin, daß in § 1821 Nr. 4 B. G. B. die Absicht, dem Vormund den entgeltlichen Erwerb von Grundstücken nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu gestatten, durch die Bestimmung zum Ausdruck gebracht wird, daß der Vormund dieser Genehmigung „zu einem Vertrage bedürfe, der auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks gerichtet ist", und daß es nicht bestritten ist, daß der Vormund auf Grund des § 1821 Nr. 4 in der Zwangsversteigerung ein Gebot nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes abgeben dürfe. Jäkel Anm. 2d zu § 71, Reinhard Anm. 2 zu § 71.

Rothenberg macht darauf aufmerksam, daß nicht nur die §§ 72, 53, 57, sondern auch § 56 Z. V. G., welcher entsprechend dem § 446 B. G. B. die Gefahr des zufälligen Unterganges des Grundstückes mit dem Zuschlage als dem Zeitpunkt des Eigentumsüberganges, auf den Ersteher überträgt, Ausstrahlungen des ihnen zu Grunde liegenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes seien, daß durch den Zuschlag ein Veräußerungsvertrag zu stande kommt, der unbeschadet der Rechte der Realgläubiger für und gegen den Schuldner wirkt.

Zur Erklärung sei am Schlusse noch bemerkt, daß die ganze Dar-

stellung nur auf den gewöhnlichen Fall der Zwangsversteigerung Anwendung finden kann, soweit dieser im 2. Titel des 1. Abschnittes des Z. V. G. geregelt ist. Die §§ 162—171 (Zwangsversteigerung von Schiffen) und § 172 ff. Z. V. G. (Zwangsversteigerung in besonderen Fällen) sind außerhalb des Rahmens unserer Erörterung geblieben. Ebenfalls nicht behandelt ist der Ausnahmefall, daß der Subhastat das versteigerte Grundstück selbst wiederum erwirbt, Ersteher und Subhastat also eine Person sind. Aus letzterer Möglichkeit sucht die Amtstheorie ebenfalls ein Argument gegen die Vertragstheorie zu entnehmen. Dem gegenüber sei darauf aufmerksam gemacht, daß das B. G. B. im Gegensatz zum römischen Recht den Kauf der eigenen Sache nicht für nichtig erklärt. Man vergleiche hierüber die Ausführungen Dernburgs (II. 2 Abt. S. 8.), der erklärt, daß, da das B. G. B. über den Kauf der eigenen Sache keine Bestimmung getroffen habe, ein solches Geschäft als gültig anzusehen sei, sofern es nur einen vernünftigen, nicht unerlaubten Zweck verfolge. Dieser vernünftige Zweck ist bei der Ersteigerung des Grundstücks in der Absicht des Erstehers gelegen, sein Grundstück frei von der Beschlagnahme und etwaigen erlöschenden Rechten zurückzuerhalten.

Uebersicht über die benützte Litteratur.

Jaeckel, Kommentar zum Z. V. G. 1901. Teilweise Benutzung auch der letzten Auflage 1904.
Reinhard, Kommentar zum Z. V. G. 1901.
Fischer-Schäfer " " " " "
Wolff " " " " " 2. Auflage.
v. d. Pfordten " " " " " 1. Lieferung.
Wenz u. Wagner " " " " " 2. erweiterte Auflage.
Samter, Handbuch " " " " 1904.
Kretzschmar, Z. V. G. 1904.
Schöller, " 1904.
Schwalb, " 1899.
Günther, " 1900.
Bunsen, Lehre von der Zwangsvollstreckung. 1885.
Altmann, Z. V. G. 1904.
Niedner, " 1904.
Badstübner " 1904.
Rothenberg, Archiv für civ. Pr. Bd. 94 S. 265 ff.
Rottmann, Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers. 1900.
Schwenke, Die civilrechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers. 1894.
Mothes, Die Beschlagnahme nach Wesen, Arten, Wirkungen. 1903.
Riedinger, Der Besitz an gepfändeten Sachen. 1903.
Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht. 1900.

Außerdem benützte ich die größeren Kommentare und Lehrbücher zum B. G. B., zur C. P. O. und K. O.